DESC

DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito FACAMP
VOLUME 3 | Nº 2 | JUL/DEZ 2020

EXPEDIENTE

Revista DESC – Direito, Economia e Sociedade Contemporânea
Volume 3, número 2, Jul/Dez de 2020
ISSN: 2596-0318
Código DOI: https://doi.org/10.33389/desc.v3n2.2020

PUBLICAÇÃO DAS FACULDADES DE CAMPINAS – FACAMP
Endereço: Rua Alan Turing, nº 805 Barão Geraldo - Campinas - SP Caixa Postal 6016 Cep: 13083-898
Telefones: 0800 770 7872 / (19) 3754 8500

João Manuel Cardoso de Mello
Diretor Geral da FACAMP

EDITORIA DA REVISTA DESC

José Antonio Siqueira Pontes
Editor-chefe
jose.pontes@facamp.com.br

Celso Naoto Kashiura Jr.
Editor-chefe-adjunto
celso.kashiura@facamp.com.br

Antonio Roberto Sanches Jr.
Secretário executivo
antonio.junior@facamp.com.br

CONSELHO EXECUTIVO

Alaôr Caffé Alves
Faculdades de Campinas

Angela Rita Franco Donaggio
Faculdades de Campinas / FGV-SP

Bernardina Ferreira Furtado Abrão
Faculdades de Campinas

Cristiano Pereira Garcia
Faculdades de Campinas

Fauzi Hassan Choukr
Faculdades de Campinas

Karin Klempp Franco
Faculdades de Campinas

Jânia Maria Lopes Saldanha
Universidade Federal de Santa Maria

Lígia Paula Pires Pinto Sica
Faculdades de Campinas / FGV-SP

Marcelo de Azevedo Granato
Faculdades de Campinas

Oswaldo Akamine Jr.
Faculdades de Campinas

Reinaldo de Francisco Fernandes
Faculdades de Campinas

DIAGRAMAÇÃO

Facamp

CONSELHO EDITORIAL

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

Alessia Magliacane
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França

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

Anna Tzanaki
Lund University/Suécia

Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Universidade Estácio de Sá/RJ

Fabrício Bertini Pasquot Polido
Universidade Federal de Minas Gerais/MG

Felipe Calderón Valencia
Universidad de Medellín/Colômbia

Francesco Pallante
Università degli Studi di Torino/Itália

Francesco Rubino
Université Paris Nanterre/França

James Cavallaro
Stanford Law School/EUA

Jan Kleinheisterkamp
London School of Economics/Reino Unido

Jan Peter Schmidt
Max Planck Institut/Alemanha

Juan Luis Gomes Colomer
Universidad Jaume I/Espanha

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

Luigi Ferrajoli
Università degli Studi Roma Tre/Italia

Luiz Gonzaga de Mello Belluzzo
Faculdades de Campinas/SP

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

Michael Lowy
Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales/França

Michelangelo Bovero
Università degli Studi di Torino/Itália

Miguel Martínez Muñoz
Universidad Pontificia Comillas/Espanha

Natalia Gaspar Pérez
Universidad Autonoma de Puebla BUAP/México

Newton de Menezes Albuquerque
Universidade de Fortaleza/CE

Pasquale Bronzo
Universidade La Sapienza/Itália

Pierre Mousseron
Université de Montpellier/França

Rui Cunha Martins
Universidade de Coimbra/Portugal

Rui Dias
Universidade de Coimbra/Portugal

AVALIADORES DESSE NÚMERO

Prof. Dr. César Mortari Barreira

Prof. Dr. Fabrizio Cattaneo

Prof. Dr. Eduardo Pragmácio Telles Filho

Prof. Dr. Marcelo de Azevedo Granato

Profa. Dra. Paula Jaeger Silva

Prof. Dr. Rafael Salatini

FECHAMENTO DA EDIÇÃO:

14/04/2021

PÁGINA WEB E CONTATO:

revista.desc@facamp.com.br
http://desc.facamp.com.br

SUMÁRIO

ARTIGOS

A TUTELA DE BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS E OS LIMITES ÀS INVESTIGAÇÕES INTERNAS DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE 06
José Rafael Fonseca De Melo e Guilherme Dutra Marinho Cabral

POSSÍVEIS REFLEXOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OMISSÃO LEGISLATIVA 30
José Pedro Pedrassani e Lucieli Breda

LA DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA E I SUOI LATI OSCURI 44
Alessandra Algostino

LA GIUSTIZIA ELETTORALE IN ITALIA E IN MESSICO: UN PRIMO CONFRONTO 66
Giorgio Sobrino

TRADUÇÃO

DEPOIS DE CEM ANOS DE SOLIDÃO: O REENCONTRO ENTRE A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A ARBITRAGEM 93
Manuel Alejandro Gomez

RESENHA

HOGEMANN, OS DIREITOS HUMANOS E O UBUNTU 122
Rafael Salatini

ARTIGOS

DESC

DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A TUTELA DE BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS E OS LIMITES ÀS INVESTIGAÇÕES INTERNAS DOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE*

THE PROTECTION OF TRANSINDIVIDUAL LEGAL RIGHTS AND LIMITS TO INTERNAL INVESTIGATIONS IN COMPLIANCE PROGRAMS

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

A TUTELA DE BENS JURÍDICOS TRANSINDIVIDUAIS E OS LIMITES ÀS INVESTIGAÇÕES INTERNAS DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

THE PROTECTION OF TRANSINDIVIDUAL LEGAL RIGHTS AND LIMITS TO INTERNAL INVESTIGATIONS IN COMPLIANCE PROGRAMS

JOSÉ RAFAEL FONSECA DE MELO
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
rafaelfonsecademelo@hotmail.com

GUILHERME DUTRA MARINHO CABRAL
Universidade Vale do Rio Doce
guilherme.cabral@univale.br

Resumo

Os programas de *compliance* surgiram no contexto da denominada sociedade de riscos, como instrumento de controle das atividades econômicas potencialmente lesivas à sociedade e à própria pessoa jurídica. Dentre as medidas capazes de impedir ou atenuar a responsabilidade penal da empresa, destaca-se a investigação corporativa que auxilia o poder público a apurar a responsabilidade individual do funcionário no crime. Diante da possibilidade desse procedimento violar garantias processuais penais básicas do suspeito, a pesquisa tem como objetivo analisar possíveis limites às investigações internas dos programas de integridade, como forma de evitar a aplicação de sanções abusivas aos empregados. Ao final concluiu-se que o programa de *compliance* poderá prevenir a intervenção indevida da empresa nas liberdades do trabalhador elaborando um Código de Investigação Interna, fixando um Estatuto dos Trabalhadores ou simplesmente adotando as diretrizes previstas no Decreto 8.420/15, para os casos de processo administrativo de responsabilidade.

Palavras-chave: Sociedade de risco. *Compliance*. Investigação interna. Limites.

Compliance programs emerged in the context of the so-called risk society, as an instrument to control economic activities potentially harmful to society and to the legal

entity itself. Among the measures capable of preventing or mitigating the criminal liability of the company, stands out the corporate investigation that helps governments to investigate the employee accoutability for the crime. Given the possibility of this investigation violating basic criminal procedural guarantees of the suspect, the article aims to analyze possible limits to internal investigations in integrity programs, as a way to avoid the application of abusive sanctions to employees. In the end, it concludes that *compliance* internal programs may prevent companies to harm the freedom of workers by elaborating an Internal Code of Investigation, establishing a Workers' Statute or simply adopting the guidelines provided for in Brazilian Decree 8.420/15 for cases of administrative liability proceedings.

Keywords: Risk society. *Compliance*. Internal investigation. Employees. Freedom.

Sumário: Introdução. 1 Sociedade de riscos e direito penal econômico. 2 Gestão de riscos em programas de compliance. 2.1 Departamentos de compliance e prevenção criminal. 2.1.1 Limites processuais às investigações internas dos programas de compliance. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

Desde a segunda metade do século XX, a revolução tecnológica promovida pela inserção da eletrônica, da informática e da automação nos processos de produção tem modificado não somente as condições de vida na sociedade pós-moderna, como também a forma do ser humano lidar com os riscos inerentes a essas atividades. A ausência de conhecimento científico para delimitar, com segurança, as consequências a médio e longo prazo de atividades perigosas fomentou o surgimento da denominada *sociedade de riscos*, caracterizada por um modo de reprodução de vida material constantemente exposto a riscos, independentemente do local e do estrato social ocupado pelo cidadão. Em razão da sua utilidade social, tais atividades passaram a ser fomentadas ou toleradas pelo Estado, a exemplo do que ocorre com a exploração da mineração, com as pesquisas nucleares e genéticas, com o transporte aéreo e com a indústria farmacêutica.

Para reduzir os riscos sociais inerentes a essas e outras atividades, o Estado passou a regulamentar intensamente a intervenção pública e privada na economia, inclusive por meio do Direito Penal. A tentativa de proteger bens jurídicos transindividuais mediante a ameaça de pena a pessoas físicas e jurídicas, então originou novos ramos nas ciências criminais, como é o

caso do Direito Penal Econômico.

Como reação à possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, empresas de médio e grande porte precisaram adotar mecanismos de autorregulação da própria atividade econômica, e impulsionaram o desenvolvimento dos denominados programas de integridade empresarial. Também conhecidos como programas de *compliance*, os dispositivos de gestão de riscos, não raras vezes, contam com procedimentos internos de investigação de infrações trabalhistas, civis, ambientais e criminais cometidas contra ou a favor da empresa. Como consequência lógica da suspeita de comportamentos irregulares, o departamento de integridade instaura procedimentos internos de investigação e, em caso de confirmação, são aplicadas sanções ao infrator levando-se em consideração a natureza jurídica do desvio e as consequências do ato.

Nesse sentido, o objetivo da pesquisa consiste em analisar os limites das investigações internas nos programas de integridade empresarial, especificamente quanto à possível violação de direitos do trabalhador durante a apuração de condutas irregulares classificadas como crime. A relevância jurídica da pesquisa reside no fato de que a investigação corporativa de ilícitos penais pode impor consequências negativas ao empregado tanto durante, como após o procedimento interno. Havendo apuração abusiva de tais comportamentos, além de o suspeito ficar exposto, no curso da investigação, a inúmeros transtornos psíquicos indevidos – como aplicação de estigmas, a transferência de cargo e a exclusão das relações sociais dos demais colegas –, as sanções aplicadas ao desviante poderão ensejar a rescisão do seu contrato do trabalho, a instauração de ação civil de reparação de dano, bem como o oferecimento de notícia de crime, sem que algumas garantias processuais penais básicas do funcionário tenham sido preservadas. O método de investigação adotado consiste na pesquisa bibliográfica, compreendida pelo estudo de livros, artigos científicos e legislações relacionadas ao tema.

Após esta Introdução, o artigo irá contextualizar a função desempenhada pelo Direito Penal Econômico no marco da sociedade de riscos, e discorrerá sucintamente sobre alguns mecanismos de autorregulação das empresas. Na terceira seção serão abordados os objetivos, as espécies, o percurso histórico, além de algumas teorias e pilares dos programas de compliance, enquanto a subseção irá analisar mecanismos capazes de impor limites às investigações internas e, assim, prevenir a violação de direitos de testemunhas e de suspeitos envolvidos na apuração do crime. Por fim, o artigo apresenta as conclusões obtidas com a pesquisa a guisa dos objetivos que lhe foram propostos.

1. SOCIEDADE DE RISCOS E DIREITO PENAL ECONÔMICO

A partir da década de 1980, consolidou-se nas ciências sociais a ideia de que o desenvolvimento de novas tecnologias na produção e distribuição de bens e serviços provocou inegáveis progressos, sem um conhecimento científico seguro acerca das consequências diretas e indiretas dessas atividades.

O marco para o surgimento da denominada *sociedade de riscos* teria sido o acidente nuclear de Chernobyl, responsável por provocar diretamente a morte de trinta e uma pessoas por radioatividade no ano de 1986 e por disseminar o perigo de câncer a outras quatro mil, em longo prazo. Outra tragédia que contribuiu para questionar os efeitos nefastos do uso inadequado das novas tecnologias ocorreu em 1984, na Índia, com a morte e a contaminação de milhares de pessoas após a emissão de produtos químicos na fábrica Union Carbide.

Em decorrência desses fatos, sociedades industrializadas do Ocidente passaram a se preocupar com os riscos globais das novas tecnologias empregadas nas atividades econômicas, objetivando controlar riscos relativamente desconhecidos à convivência humana.

Assim, no ano de 1986 o sociólogo alemão Ulrich Beck publica o livro *risco social – em direção a outra modernidade*, argumentando que as sociedades altamente industrializadas enfrentam riscos ambientais e tecnológicos que não são meros efeitos colaterais do progresso, mas centrais e constitutivos destas sociedades, ameaçando toda forma de vida no planeta (GUIVANT, 1998).

Destarte, a sociedade de risco pode ser interpretada como resultado do desenvolvimento de um modelo econômico que surge na Revolução Industrial, baseado na produção e distribuição de bens em larga escala. Diante da necessidade de obter o maior número possível de consumidores com o menor custo de produção, as inovações tecnológicas – financiadas tanto pelo governo como pelo capital – aceleram o progresso social sem, contudo, o correspondente avanço científico no controle dessas atividades.

A dificuldade de estabelecer limites espaciais ou temporais aos novos riscos democratizou também o potencial danoso dessas atividades, incluindo dentre as possíveis vítimas os próprios agentes sociais que se beneficiam da produção e da distribuição de bens e serviços perigosos. Também denominado como *efeito bumerangue*, esse sentimento geral de insegurança é incrementado pelos meios de comunicação de massa e resultam, ao final, na demanda social por novos mecanismos de controle.

A ideia de um risco inerente às relações sociais, nesse sentido, impõe o desenvolvimento de instrumentos formais de controle que preservem a funcionalidade das atividades perigosas, ao mesmo tempo em que o poder púbico fomenta ou tolera a sua exploração dentro de limites previamente fixados, como são os casos das atividades de mineração, petróleo e construção civil, as indústrias de siderurgia, metalurgia e farmacêutica, as tecnologias atômicas, genéticas

e de informática, e os serviços de transportes terrestre, naval e aéreo.

A posição de garantia dos fornecedores desses bens e serviços contra eventuais danos à sociedade, por sua vez, lhes impõe a adoção de medidas para evitar ofensas tanto à segurança dos trabalhadores como ao meio ambiente, à integridade física ou patrimonial de terceiros ou dos próprios clientes.

O desenvolvimento tecnológico também pode provocar prejuízos na ordem econômica, não somente por meio de desastres ambientais e sociais, como também pela prática de crimes que assegurem vantagens ou monopólios no mercado. Isso porque,

> A absoluta liberdade econômica conduz à escravidão dos pequenos a um número reduzidos de magnatas. Ao Estado cúmpre [sic.] cuidar do bem estar da coletividade, fomentando e defendendo a pequena economia contra os "trusts", "cartéis" e "anéis" de produção, tão comuns na época do grande capitalismo, que terminam colocando o povo na sua inteira dependência econômica e por fim submetendo o próprio Estado e pondo-o a serviço dos seus interesses particulares. (FRANCISCO CAMPOS, apud LYRA, 1940, p. 84).

Além dos riscos decorrentes de *trusts* e cartéis, a ordem econômica pode ser abalada por fraudes fiscais, pela manipulação de taxas no mercado de ações, pela criminalidade informática e tantos outros fenômenos conhecidos como *crimes de colarinho branco*.

Em razão da natureza desses delitos, o reconhecimento do risco como elemento central da organização social orienta uma política criminal comprometida com a criminalização de condutas de perigo abstrato, a proteção da ordem econômica[1] , a elaboração de normas de cuidado, a conversão do erro de tipo em erro de proibição[2] , além de reformulações dogmáticas para omissão[3] e autoria[4] delitivas.

A dificuldade de o Estado regulamentar atividades econômicas complexas também impõe a transferência, para as próprias empresas, da identificação e da gestão dos riscos da sua atuação no mercado, obrigando-as a conformar suas práticas empresariais a padrões técnicos previamente estabelecidos pelo poder público.

Segundo Coca Vila (p. 46-47¬),

> [...] la autorregulación no supondría uma retirada del Estado, ni la admisión de la incapacidad de regular el mundo empresarial, sino, simplemente um cambio de rumbo em la estratégia reguladora. Si el Estado es incapaz de regular desde fuera las empresas, la única

1 Definida como "regulação jurídica da participação estatal na economia", por Bajo Fernández (DPE, pp. 37 ss.), ou como "atividade interventora e reguladora do Estado na economia", por Tiedmann (Wirtschaftsstrafrecht 1, p. 50) (MARTIN, 2005, p. 54).

2 "También se há indicado que los tipos del Derecho penal económico-empresarial se estructuram muy frecuentemente como tipos fuertemente normativizados, en particular como leyes en blanco o tipos con elementos de valoración global del hecho. Así las cosas, si fueran calificados como errores de tipo, la mayor parte de los erros vencibles em materia penal económica darían lugar a impunidad de la conducta. En la Jurisprudência y em certa doctrina el processo há sido, entones, el inverso: la del error de prohibición, a fin de sancionar – de forma atenuada – los errores vencibles de los sujetos" (SILVA SANCHÉZ, 2013a, p. 52).

3 Como a teoria da cegueira deliberada.

4 A exemplo da imputação de ações neutras e da culpa organizativa.

> solución posible sería valerse de ellas para conseguir sus objetivos. Por paradójico que pueda parecer, la autorregulación no responderia a um impulso desregulador, sino muy ao contrario, supondría uma mejoría cualitativa y cuantitativa em la intervención estatal, em la medida em que el Estado podría logar uma regulación más rigurosa, específica y eficaz.

Nesse sentido, a *autorregulação* da atividade empresarial se manifesta tanto de forma voluntária, como fomentada ou regulada pelo Estado. Na primeira hipótese, a sociedade empresarial define, sem nenhuma intervenção estatal, normas internas de atuação como Código de Ética, Código de Conduta, princípios, diretrizes e protocolos de atuação destinados ao controle de riscos permitidos e à otimização da produção ou da distribuição de bens e serviços.

Na autorregulação fomentada, por sua vez, o Estado estabelece princípios gerais de atuação, e incentiva a pessoa jurídica a fixar normas internas para sua estrutura organizacional, enquanto na autorregulação regulada o Estado obriga as empresas a elaborarem normas internas de controle da sua atividade, mediante a ameaça de sanções administrativas ou criminais.

No Brasil, a autorregulação regulada da atividade empresarial pode ser encontrada na Lei 9.613/98, que define procedimentos de combate à lavagem de dinheiro. Uma das hipóteses de autorregulação regulada se dá obrigando pessoas físicas e jurídicas que atuam na captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros a a) identificar clientes e manter seus cadastros atualizados, b) preservar o registro sobre toda transação em moeda nacional e estrangeira que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente, c) implementar políticas, procedimentos e controles internos compatíveis com seu suporte e volume de operações. Em caso de descumprimento desses deveres, os agentes econômicos serão punidos com advertência, multa, inabilitação da atividade por até dez anos, ou a cassação ou suspensão do seu funcionamento.

Independentemente do modelo adotado para assegurar a autorregulação, as sociedades empresariais poderão desenvolver mecanismos complexos de controle de riscos e de conformação da atividade às legislações cível, administrativa, tributária e penal. Amplamente conhecidos como programas de *Compliance*, os procedimentos internos de integridade empresarial tem como principal objetivo atenuar ou excluir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pela prática de delitos econômicos[5].

2. GESTÃO DE RISCOS EM PROGRAMAS DE COMPLIANCE

5 Lei 12.846/13 (Lei anticorrupção), art. 7º. Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e de aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.

No marco de uma sociedade de riscos, a dinâmica globalizada do processo de produção e distribuição de bens e serviços demanda uma complexa regulamentação das relações econômicas. Apesar da diversidade de normas administrativas, tributárias, civis, trabalhistas e penais que disciplinam a intervenção da iniciativa privada no mercado, não são raros os casos em que a atividade empresarial se reveste de irregularidades com potencial lesivo para o meio ambiente, para as relações de consumo ou para administração pública.

Por outro lado, o nível de conformação da pessoa jurídica à legislação pode ser influenciado por inúmeros fatores, como o desconhecimento da norma a ser cumprida, a prevalência dos interesses econômicos sobre as obrigações legais, a ausência de pessoal especializado para determinadas funções, a dificuldade de comunicação entre os setores que compõe a estrutura organizacional e o próprio modelo de gestão implantado na sociedade comercial.

Com a transferência, para a iniciativa privada, da responsabilidade pela identificação e gestão dos riscos permitidos da sua atividade, tem se consolidado na economia a consciência acerca da necessidade premente de a empresa estabelecer mecanismos internos de gestão de riscos e adequar sua atuação às normas legais. Esses programas de integridade empresarial não só permitem prevenir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como também evitam que sanções administrativas ou cíveis inviabilizem a permanência da sociedade empresarial no mercado.

Em relação às sanções penais, os programas de *compliance* têm como preocupação primordial coibir a prática de crimes contra ou a favor da empresa, a exemplo do ocorre nos casos de corrupção ativa, branqueamento de capitais, formação de cartéis, concorrência desleal, contravenções ambientais e delitos contra a segurança do trabalhador ou as relações de consumo.

Nesse sentido, o artigo 41 do Decreto 8.420/15 afirma que

> [...] programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Em razão das especificidades de cada empresa, o *programa de compliance* deve variar conforme o porte e a natureza das atividades desenvolvidas, com o objetivo de otimizar a gestão dos riscos permitidos das suas operações. Durante a elaboração do programa podem ser observados fatores como a quantidade de funcionários, a complexidade hierárquica interna, o setor do mercado em que atua, o grau de interação com o poder público e com agentes privados intermediários – como consultores ou representantes comerciais –, a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico, a classificação como microempresa ou

empresa de pequeno porte, etc.

A importância do programa de integridade reside no fato, por exemplo, de a empresa ser punida com menos rigor na hipótese de responsabilidade administrativa da pessoa jurídica. Assim, a sanção será atenuada levando-se em consideração o nível de comprometimento da alta direção com o programa de integridade, a fixação de padrões de conduta e código de ética a todos os funcionários, a periodicidade dos treinamentos e das análises de risco, a idoneidade contábil das transações registradas, a qualidade do sistema informático que alimenta o banco de dados, a existência de procedimentos específicos para prevenir ilícitos em licitações e na execução de contratos administrativos, a eficiência dos canais de denúncia, a estrutura e independência do departamento de *compliance*, as medidas disciplinares impostas nos casos de violação do programa, etc.

Por se tratar de fenômeno relativamente recente nas ciências criminais, Lothar Kuhlen (2013) sugere a formulação de uma teoria sobre compliance e Direito Penal por meio de representações adequadas da sua significação social. Para tanto, destaca que uma das características penalmente relevantes do instituto compreende a *incorporação de novos valores e virtudes* aos programas de integridade.

Em que pese a possibilidade desses elementos se afigurarem conflitantes com alguns interesses econômicos concretos da empresa, a assunção de novos valores para sua atuação no mercado pode ser identificada pela ideia de Responsabilidade Social Corporativa (RSC) da pessoa jurídica. Segundo Nieto Martín (2015), a RSC tem como pressuposto o fato de que a intervenção das empresas na economia também implica responsabilidades sociais e políticas para com a comunidade. Demais disso, a RSC seria necessária para um crescimento econômico continuado e para atrair investidores no futuro, já que a proteção das relações com os consumidores e com as comunidades locais normalmente favorece a produção e garante a estabilidade da empresa na economia. Assim,

> Dentro de sus contenidos más antigos se encontrarían também la preocupación por el medio ambiente y el diálogo social. [...] Na Europa, las primeras manifestaciones de la RSC consistieron en lo compromiso de la empresas com el diálogo social y una perspectiva interna, de gestión de recursos humanos, que abarcaria la promoción de la seguridade en le trabajo, el aprendizaje permanente, la conciliación de la vida laboral, las políticas de igualdad, etc. Finalmente, la RSC, em la última de sus versiones, incorpora el compromiso com valores sociales, como o respecto a los derechos humanos, la lucha contra la corrupción o la preocupación porque em la actividad de la empresa se respete la legalidade. (NIETO MARÍN, 2015, p. 41).

O segundo elemento penalmente relevante para construção da teoria corresponde à consolidação de um *Direito Penal de risco*. O núcleo duro dos programas de integridade

empresarial parece ser justamente a tentativa de reduzir riscos proibidos durante o seu funcionamento para evitar, sobretudo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Isso porque, "así como la percepción del aumento de los riesgos jurídico-penales por parte de las empresas es el motor, la minimización de estos riesgos es el fin de los esfurezos actuales sobre compliance" (KUHLEN, 2013, p. 65, destaques no original).

Demais disso, como corolário lógico da globalização das relações econômicas e dos riscos de danos que lhe são inerentes, a possibilidade de *responsabilização penal de empresas multinacionais* seria a terceira característica a ser considerada em uma teoria sobre *compliance* e Direito Penal.

O último eixo reside na função de *autorregulação* atribuída aos programas de conformidade legal. Para evitar responsabilidades administrativas e penais da pessoa jurídica, os mecanismos internos de controle de riscos compreendem, dentre outras coisas, o treinamento contínuo dos funcionários acerca das funções desempenhadas, a fixação de padrões de conduta e de código de ética, a existência de auditorias e de canais de denúncia para comunicação de fatos impróprios, assim como a investigação e a punição de comportamentos irregulares.

Estudiosos do tema sustentam ainda que os programas de *compliance* devem ser elaborados a partir de alguns **pilares**. O primeiro seria a *cultura de integridade empresarial*, compreendido pela ideia de que todos os funcionários, incluindo os diretores, precisam internalizar a importância de conformar seus atos ao ordenamento jurídico. A vontade geral de atuar corretamente seria fomentada tanto por meio de assessorias especializadas aos funcionários, como disponibilizando canais de denúncias de irregularidades, divulgando informativos com os Códigos de Ética e de Conduta, e esclarecendo as competências funcionais e eventuais responsabilidades administrativas e penais de cada.

Não obstante a isso, argumenta-se também que o respeito à cultura de integridade contribui para redução de fatores criminógenos no trabalho, já que

> Las infraciones a las normas son favorecidas especialmente por um clima de erosión normativa, por técnicas de neutralización al interior de la empresa para facilitar las violaciones normativas, por pressiones a los trabalhadores para que encontren "soluciones inovadoras" así como por oportunidades para la comisín de delitos (SIEBER, 2013, p. 96).

O segundo pilar consiste em fixar claramente o *objetivo geral do programa*, e delimitar os objetivos específicos de cada setor. Dessa forma, os riscos eventualmente criados durante o funcionamento da empresa podem ser facilmente imputados ao setor responsável pelo controle da respectiva atividade.

O terceiro pilar está relacionado à identificação e à *gestão permanente dos riscos* de danos

nas operações empresariais. Destarte, ao formular o programa de integridade, a organização deve inventariar quais são as implicações de determinadas infrações legais para a coletividade, adotando em seguida medidas concretas de contenção de riscos, como a seleção adequada das pessoas que irão gerenciar os riscos e a capacitação permanente dos membros da empresa.

O quarto pilar de um programa corresponde à *regulamentação das competências* de cada setor, conjuntamente com a atribuição de responsabilidades aos funcionários que exercem dever de vigilância. Segundo Coca Vila (2013, p. 58),

> la delimitación de las esferas competenciales permite saber com claridad quién es el responsable por cada processo en la empresa, dificulta la temida disolución de la responsabilidad en el seno de grandes corporaciones y facilita la imputación de responsabilidade tras la infracción.

Outro pilar seria o desenvolvimento de um *sistema interno de comunicação* que permita controlar riscos por meio da gestão de dados. A empresa deve ofertar aos funcionários o conhecimento atual, claro e detalhado dos riscos de danos provocados por sua atividade, disponibilizando canais fluidos e diretos de informação para esclarecimento de dúvidas e sugestões de redução de riscos. O programa de integridade também pode impor deveres de transmissão e de consulta dessas informações aos funcionários, com o intuito de promover o funcionamento integrado e harmônico de seus setores.

Em regra, incumbe ao oficial de *compliance* a função de informar a cúpula da empresa as situações de risco registradas no sistema (*bottom-up*) para que o órgão diretivo, em seguida, transmita essa informação aos funcionários envolvidos na atividade perigosa (*top-down*).

O último pilar diz respeito ao sistema de *supervisão e de aplicação de sanção disciplinar* no interior da empresa. Considerando o fato de que oficial de *compliance* é a pessoa responsável por desenvolver, aplicar e supervisionar o programa de integridade, constitui responsabilidade sua organizar o registro físico e virtual de toda cadeia produtiva e colacionar decisões que foram adotadas no passado para solucionar casos emblemáticos (jurisprudência corporativa). O processo de supervisão também compreende o monitoramento da atuação de informantes (*whistleblower*), e a gestão de canais de denúncias oferecidos aos trabalhadores. Ao final, o oficial de *compliance* poderá propor o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de riscos, bem como aplicar medidas disciplinares aos funcionários desviantes e comunicar tal fato às autoridades públicas.

2.1. DEPARTAMENTOS DE *COMPLIANCE* E PREVENÇÃO CRIMINAL

Conforme mencionado, os programas de *compliance* têm como principais objetivos impedir a responsabilidade penal da pessoa jurídica, e dificultar a punição individual de seus dirigentes. Em regra, a função de prevenção de riscos criminais é delegada ao departamento de compliance, cuja coordenação fica a cargo do *compliance officer*, ou simplesmente oficial de cumprimento.

Na prática, a atuação do departamento de *compliance* na elaboração, execução e aprimoramento do programa será decisiva para prevenir delitos praticados tanto a favor como contra a empresa, e para permitir a delimitação da responsabilidade individual dos funcionários com fundamento nas competências e nos deveres de vigilância que lhes foram atribuídos.

Nesse sentido, uma das vantagens do programa de integridade diz respeito à sua capacidade de redistribuir a responsabilidade por ilícitos entre os dirigentes, o oficial de cumprimento e demais empregados, de modo que

> o empregado, como executor direto, pode responder como autor ante o domínio da ação; o oficial de compliance pode, por sua vez, responder como autor diante do descumprimento de suas funções de supervisão e vigilância; por fim, o dirigente pode responder, igualmente, como autor, caso tenha procedido a uma "delegação defeituosa" das funções ao setor responsável. (SOUZA, 2015, p. 140).

Na qualidade de pessoa responsável pela fiscalização do programa de integridade, o profissional de cumprimento assume parcialmente a posição de garantia originariamente ocupada pelos administradores da empresa. Essa delegação de competência representa um mecanismo concomitante de transferência e transformação da posição anterior de garantia: transferência porque, com a delegação, o delegante faz surgir uma posição de garantia no delegado; e transformação porquanto a posição de garantia do delegante não desaparece, mas se modifica. Assim,

> Al delegante ya no le compete el deber de control directo de los fócos de riesgo que se hallan em el ámbito de competência del delegado. Pero sí le incumben una serie de deberes com objeto diverso: la correta slección, formación – si fuera precisa – e información del delegado; a dotación a este com los médios necessários para el cumplimiento de sus funciones; la coordinación de la actuación de los diveros delegados; y sobre todo – al enos, eso es lo que suele indicarse – el dever de vigilância. (SÁNCHEZ, 2013, p. 80)

Por meio da delegação do dever de vigilância, a atuação do *compliance officer* compreende, sobretudo, a obtenção de conhecimento e a transmissão dessas informações ao superior hierárquico ou à pessoa competente para correção da situação defeituosa. Na hipótese de omissão desses profissionais quanto à adoção das medidas sugeridas, o oficial de cumprimento poderá se resguardar de eventual responsabilidade criminal comunicando o fato ao *ombudsman*

interno ou a um advogados sem vínculo institucional.

Os oficiais de cumprimento não são incumbidos de dispor de medidas de prevenção de acidentes de trabalho, de evitar danos ao meio ambiente, de controlar a qualidade de alimentos ou a segurança dos produtos químicos armazenados, já que a gestão desses riscos é determinada, pelo próprio programa de integridade, a pessoas específicas da empresa. Segundo Prittzwitz (2013, p. 216, destaques no original), "[...] el deber como la capacidade de actuar del *compliance officer* están orientados a *informar* sobre el delito, pero no a tomar medidas en contra de este o a evitarlo (aunque ell sea fisicamente posible).

As competências atribuídas aos profissionais de cumprimento correspondem à regulamentação de normas de funcionamento da pessoa jurídica, à coordenação e supervisão dos atos realizados pelas pessoas responsáveis pela segurança da atividade empresarial, sistematização do procedimento interno de investigação de infrações e de aplicação de sanção disciplinar, etc.

Destarte, o oficial de cumprimento responderá como coautor de crimes praticados por terceiros quando não tiver impedido o resultado típico, "[...] *si tenta al respecto uma posición de garantia* y si su actitude subjetiva se corresponde con la exigida por el corrispondiente delito: si omitió dolosamente si el delito es de exclusiva comisión dolosa; si su omisión fue descuidada em le supuesto de que se sancione la comisión imprudente" (SÁNCHEZ, 2014, p. 326, destaques no original).

Se, por outro lado, o *compliance officer* não for garante – porque a empresa não ocupa a posição de garantia em relação ao delito, ou porque o profissional não foi delegado para essa função –, responderá como partícipe do crime praticado pela pessoa jurídica quando a violação dos seus deveres de garantia tiver facilitado a comissão dos referidos crimes. Em regra, a responsabilidade penal do oficial de cumprimento, como partícipe de delitos alheios, ocorrerá por omissão sua no dever de investigar o crime denunciado.

Por sua vez, o departamento de integridade pode apresentar inúmeras atribuições, como elaborar informativos e organizar cursos de capacitação dos funcionários, disponibilizar canais de denúncia anônima, e promover a investigação de infrações penais.

A importância de informes periódicos corporativos na prevenção de delitos reside no fato de que os mesmos reforçam os objetivos e os valores do programa[6] , ressaltam a importância do Código de Ética e do Código de Conduta, esclarecem as responsabilidades de cada setor produtivo na gestão dos riscos empresariais, sugerem padrões de conduta e, por fim, descrevem as consequências civis, trabalhistas e penais de comportamentos impróprios.

6 Segundo Ulrich Sieber (2013), os objetivos do programa estão relacionados com a tentativa de impedir fatos delitivos como corrupção, lavagem de dinheiro, financiamento de terrorismo, delitos contra a livre concorrência – principalmente o de formação de cartel –, crimes contábeis, defraudações tributárias, abuso de informação privilegiada, delitos ambientais e revelação de segredos comerciais. Os valores do programa, por sua vez, referem-se aos valores econômicos e à transparência da empresa.

O departamento de compliance também pode organizar cursos regulares de capacitação de empregados para aprimorar as competências dos funcionários, e evitar riscos proibidos no curso da atividade empresarial.

2.1.1. Limites processuais às investigações internas dos programas de *Compliance*

Em razão da dificuldade do departamento de *compliance* conhecer todas as situações irregulares que acontecem no interior da empresa, as investigações internas destinadas a apurar comportamentos desconformes de empregados, diretores ou conselheiros normalmente são impulsionadas pela delação dos próprios colegas, mediante **canais de denúncia** e pelo oferecimento de incentivo à comunicação, como a estabilidade no emprego, a garantia de anonimato, o pagamento de recompensa em dinheiro, bem como a atenuação ou o próprio perdão da sanção que deveria ser aplicada ao declarante.

A existência de sistemas de denúncia (*whistleblowing*) integrados ao programa de integridade empresarial também representa um importante fator de atenuação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, seja pela confissão do crime, seja pela possibilidade de reparar o dano causado e aprimorar o programa de integridade.

Em que pesem essas vantagens, críticos do sistema de denunciação argumentam que os trabalhadores, nesses casos, passam a desempenhar a função de polícia a serviço do empresário, impossibilitando uma boa convivência no grupo (RAGUÊS E VALLES, 2014). Como consequências negativas, a política de delação desencadearia um clima de grave desconfiança entre empregados e diretores, e prejudica as próprias pessoas que integram a companhia. A delação também pode ser utilizada com a finalidade de prejudicar ou vingar funcionários com os quais o declarante não possui boa relação, ou para desequilibrar a disputa por cargos ou posições de prestígio na empresa. Por fim, argumenta-se que o empregado denunciado sofreria intensa estigmatização e exclusão no âmbito das suas relações profissionais, mesmo antes de saber da incriminação.

Independentemente disso, a investigação também poderá ser impulsionada por auditorias internas que identificam condutas aparentemente ilícitas, por parte de algum funcionário. No marco de uma economia complexa e fluída, com intensa regulação dos atos administrativos da pessoa jurídica, a auditoria interna representa outro importante instrumento de gestão dos riscos da sua atividade. Assim, a auditoria contábil, objetivando aperfeiçoar o nível de funcionamento do sistema, auxilia os programas de integridade a detectar comportamentos fraudulentos ou corruptos no âmbito da companhia.

Após conclusão da auditoria ou do oferecimento da denúncia, instaura-se então

investigação interna para apurar a suposta infração, designando-se, para tanto, uma equipe de trabalho especializada no assunto.

As **investigações empresariais internas** são realizadas de distintas formas. Levando-se em consideração o objeto da apuração, a investigação pode recair sobre ilícitos penais, ilícitos extrapenais – como irregularidades trabalhistas ou infrações às normas de proteção de dados –, e inadimplementos contratuais. As investigações também podem se destinar a apurar desvios consumados, o a prevenir a prática de outros. A posição ocupada pelo suspeito define a apuração de infrações cometidas a) pelos próprios empregados contra a empresa, como furto de bens, desvio de dinheiro ou apropriação indébita, b) por um funcionário em desfavor de outro, a exemplo dos crimes contra a honra, do estupro ou do assédio sexual no interior da organização; c) por funcionários da empresa, em nome da mesma, por meio do fenômeno conhecido como delito empresarial; d) pelo empresário, nas hipóteses de violação do dever de garantia sobre a vida, a integridade física e a saúde dos trabalhadores.

Por se tratar de um procedimento interno reativo da empresa contra a suspeita de irregularidades, a investigação interna eventualmente restringe direitos fundamentais dos trabalhadores – como a intimidade e a liberdade –, e provoca consequências negativas ao infrator mediante aplicação de sanções disciplinares, demissões, instauração de ação civil ou oferecimento de notícias de crime às autoridades públicas. Dadas essas particularidades, o instituto deve ser considerado um procedimento jurídico igualmente sujeito a normas de atuação e com delimitação clara do seu objeto.

Nesse sentido, Nieto Martín (2015a, p. 235) sugere a elaboração de um **Código de Investigação Interna** no âmbito dos programas de integridade, já que "la existencia de normas internas preestabelecidas, conocidas por todos los empleados y aprobadas por la dirección de la empresa, legitima la realización de las investigaciones y evita el que se cometan errores, al regular previamente los problemas que pueden aparecer".

A investigação corporativa disciplinada pelo programa de compliance também pode ser fracionada em quatro **fases**, em respeito aos demais procedimentos destinados a apurar fatos e impor sanções, quais sejam: preliminar, abertura de investigação, realização de investigação e comunicação dos resultados com aplicação de sanção.

Na primeira, exige-se o mínimo de verossimilhança da imputação para evitar restrições desarrazoadas de direitos do trabalhador. Aqui, a suspeita justificada da prática de infração será suficiente para instauração do procedimento, quando o fato imputado não constituir crime. Tratando de ilícito penal, torna-se necessário que a acusação esteja lastreada em forte suspeita, como ocorre na persecução criminal. Em ambos os casos, tal requisito poderá evitar a adoção de medidas invasivas à intimidade e liberdade do empregado, fundamentadas em incriminações

de má fé, pelo anonimato de alguns canais de denúncias.

Verificada a plausibilidade da imputação, o departamento de integridade tem o dever de instaurar o procedimento interno de investigação, por força dos princípios da boa governança corporativa e da responsabilidade social. Como corolário lógico do dever de diligência dos administradores para com a legalidade dos atos empresariais, a omissão do grupo na apuração interna de crimes pode acarretar tanto a responsabilidade penal da pessoa jurídica, como a responsabilidade social dos seus gestores.

Ato contínuo, o departamento de *Compliance* designará o profissional responsável pela investigação, e comunicará o Conselho de Administração quando a infração representar grave violação ao programa de integridade.

Tratando-se de conduta definida como crime, torna-se de bom alvitre que a investigação seja presidida por um advogado criminal da empresa, e que os documentos produzidos no curso do procedimento sejam devidamente acautelados. Nos demais casos, a apuração será mais eficiente se for coordenada por pessoas com formação especializada no assunto, como o departamento de direitos humanos quando se tratar de estupro, os auditores internos diante da suspeita de fraude, e os setores de controle de qualidade nas hipóteses em que a atividade aparentemente defeituosa ameaçar a integridade física do consumidor, o meio ambiente ou a proteção dos trabalhadores.

O ato de nomeação do responsável deve conter o objeto da investigação, o prazo estimado para sua duração, e a finalidade consignada para a mesma, isto é, se a intervenção pretende apenas corrigir situações defeituosas ou se também tem como objetivo aplicar sanções e auxiliar procedimentos penais ou administrativos. Na sequência, o departamento de *compliance* analisa o plano de trabalho apresentado pelo presidente do procedimento, com cronograma da atividade, a relação de testemunhas e as provas documentais e periciais que pretende produzir.

Aprovado o plano de trabalho, são nomeados os demais integrantes da equipe de investigação levando-se em consideração a competência funcional para apurar a infração, e o compromisso dos mesmos em não tornar públicos os resultados da apuração.

Na terceira fase, são executados os atos de investigação com estrita observância ao plano de trabalho aprovado pelo departamento de compliance. Os riscos decorrentes do procedimento adotado são diversos porque, pretendendo atenuar ou evitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a equipe de trabalho pode incorrer em crimes ou contravenções ao violar indevidamente a intimidade e o sigilo das comunicações dos funcionários, ou coagir o funcionário a prestar depoimento sob a ameaça de demissão (NIETO MARTÍN, 2015a, p. 235).

Demais disso, considerando o fato de que um dos meios de investigação mais comuns consiste na análise de ferramentas e tecnologias da informação (computador de trabalho, caixa

postal eletrônica, acesso à internet, telefones fixos e móveis, etc.), é possível que a equipe de trabalho adote medidas invasivas à intimidade do trabalhador, em afronta ao princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, uma das maiores controvérsias no âmbito das investigações corporativas refere-se à possibilidade de conversão desses instrumentos de controle de riscos em sistema de *justiça de empresa*, ou de *privatização do processo penal*.

No primeiro caso, os crimes perpetrados em desfavor das pessoas jurídicas são apurados e solucionados internamente com a demissão do funcionário e a assinatura de termo de ressarcimento dos prejuízos que lhe foram causados, sem qualquer intervenção do Direito Penal. No segundo, a investigação corporativa passa a ser considerada a antessala da persecução criminal porque autoriza a atenuação ou a obstrução da responsabilidade penal da pessoa jurídica, quando o procedimento interno produzir provas que auxiliem o poder judiciário na individualização das condutas desviantes.

Para assegurar um equilíbrio entre o dever da empresa de investigar e o direito dos empregados contra imputações abusivas, é imprescindível delimitar, no próprio programa de integridade, garantias processuais básicas tanto às testemunhas como aos empregados suspeitos.

Assim, Estrada i Cuadras e Angli (2013) afirma que a intervenção da empresa na esfera privada do empregado só está autorizada quando a medida se apresentar como adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. A investigação será adequada se a medida for idônea para atingir o fim proposto. Será necessária, por sua vez, quando a intervenção se mostrar absolutamente indispensável no caso, diante da ausência de mecanismos menos severos e igualmente eficazes. Por último, haverá proporcionalidade em sentido estrito da investigação quando as medidas adotadas se afigurarem mais vantajosas para o interesse comum do que as restrições impostas aos direitos do suspeito.

Não obstante a isso, a análise da **proporcionalidade** em um caso concreto deve considerar que "[...] o grado de afectación a la intimidad depende de la intensidade de la expectativa de la intimidad, que es la que em términos cuantitativos dota de contenido este derecho dentro de la empresa" (NIETO MARTÍN, 2015a, p. 247). Assim, a expectativa de intimidade do empregado que recebe o Código e Ética com cláusula genérica prevendo a possibilidade de monitoração do correio eletrônico de todos os funcionários, afigura-se completamente diversa do subordinado que é pessoalmente comunicado por seu superior sobre a fiscalização da sua caixa postal eletrônica.

A partir desses parâmetros, uma hipótese de intromissão indevida na intimidade do trabalhador ocorre quando a apuração de infrações implica na análise desavisada de a) imagens registradas pelo sistema de monitoração eletrônica, b) documentos arquivados pelo suspeito em

seu computador de trabalho, c) histórico de acesso à rede mundial de computadores, d) caixa postal eletrônica, e) conversas telefônicas mantidas em aparelhos físicos ou móveis fornecidos pelo empregador.

Não obstante a isso, o princípio da proporcionalidade afigura-se necessário inclusive nos casos de monitoramento consentido dos meios eletrônicos de produção, porque programas de informática que registram indiscriminadamente todo conteúdo acessado pelo trabalhador em seu computador de trabalho podem ser facilmente substituídos pelo sistema de busca cega, com fiscalização sobre objetos selecionados aleatoriamente, a partir de palavras-chave relacionadas com a atividade empresarial.

Outra medida adequada para preservar direitos dos investigados consiste no registro dos **depoimentos** em documento escrito ou em mídia, com a data da oitiva, a qualificação do depoente e do investigador, além de referências ao procedimento interno de investigação. Durante a realização do ato, a equipe de trabalho também deve informar o objeto da investigação ao depoente, e assegurar ao investigado o exercício do direito de defesa, inclusive por meio do silêncio.

Como consequência lógica, afigura-se altamente desaconselhável a elaboração de cláusulas contratuais que obrigam o empregado a informar tudo o que sabe nas investigações corporativas, com fundamento no dever de direção do empresário sobre os atos da pessoa jurídica. Ainda que lastreado no poder de inquirir o funcionário acerca do modo de execução dos seus serviços na corporação, sabe-se que, na prática, "[...] en caso de negativa a contestar, el trabajador se encontraría en uma situación delicada, pues su falta de colaboración puede implicar que el empleador perda em él la confianza y le considere persona no idónea para desempeñar um puesto de trabajo." (NIETO MARTÍN, 2015a, p. 253).

Para evitar essas e outras situações, é válida a elaboração de um **Estatuto dos Trabalhadores** no âmbito da empresa assegurando alguns direitos de defesa do suspeito nas investigações internas.

A primeira garantia básica seria a de ser informado com clareza dos fatos que lhe são imputados. O segundo corresponde ao direito de consultar os elementos de informação colhidos no curso do procedimento, com preservação da confidencialidade de algumas fontes. O terceiro direito do investigado consiste na possibilidade de requerer diligências e de apresentar defesa escrita ou oral. O quarto compreende o direito à assistência jurídica durante todos os atos da investigação, e o quinto é representado pelo princípio da presunção de inocência que deve orientar todo procedimento.

Além das medidas expostas acima, o departamento de compliance também pode regulamentar a investigação corporativa tendo como parâmetro as normas previstas no Decreto

8.420, de 18 de março de 2015, que disciplina o **processo administrativo de responsabilidade – PAR** na denominada Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13).

Dadas às especificidades das investigações corporativas, é possível ajustar as regras do *processo administrativo de responsabilidade* ao programa de integridade empresarial determinando, em primeiro lugar, a instauração de investigação preliminar sigilosa, mediante decisão fundamentada do *compliance officer.* Na oportunidade, o oficial de cumprimento designará comissão de pelo menos dois funcionários especializados no assunto, e concederá prazo de até sessenta dias para os trabalhos, podendo tal prazo ser prorrogado, justificadamente, por igual período.

Ao final da investigação preliminar, a comissão encaminhará relatório circunstanciado ao oficial de cumprimento manifestando-se sobre a existência ou não de indícios robustos de autoria e materialidade de crime, e instruindo o documento com os elementos de informação colhidos durante os trabalhos.

Havendo indícios robustos de autoria e materialidade da prática de crime, o oficial de cumprimento designará equipe técnica para iniciar a investigação corporativa, e esta, no exercício da sua função, determinará a intimação do funcionário suspeito para, no prazo de trinta dias, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretende produzir.

A investigação será realizada por até cento e oitenta dias, e nesse período o suspeito poderá solicitar a produção de provas novas ou a juntada de provas consideradas, por ele, como indispensáveis para elucidação dos fatos. Os pedidos serão analisados pela equipe técnica e esta decidirá, de maneira fundamentada, sobre a inadmissibilidade de provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

Após a instrução, o investigado será intimado para apresentar defesa escrita em dez dias, sendo-lhe assegurado, em todas as fases do procedimento, o exercício da ampla defesa e do contraditório, inclusive por meio da obtenção de cópia da investigação.

Ao final da investigação, a equipe de trabalho apresentará um relatório final escrito ao departamento de *compliance*, descrevendo os resultados obtidos e sugerindo, de maneira motivada, as sanções disciplinares a serem aplicadas, juntamente com as medidas necessárias e suficientes para o aperfeiçoamento do programa de integridade. Em seguida a alta administração da empresa será informada sobre o fato e autorizará, conforme for o caso, a implementação de novos mecanismos de controle de riscos e a aplicação da sanção disciplinar. Na oportunidade, também determinará a rescisão contratual, o oferecimento de ações cíveis de reparação de dano ou o envio dos resultados obtidos na investigação às autoridades públicas.

Respeitadas as particularidades de cada pessoa jurídica, a adoção de tais medidas no âmbito do programa de compliance irá restringir a intervenção da empresa na esfera individual

dos empregados, reduzindo as possibilidades de abuso no curso das investigações internas.

CONCLUSÃO

Os programas de integridade, também conhecidos como programas de *compliance*, surgiram no contexto da sociedade de risco como mecanismo de controle dos perigos decorrentes da atividade empresarial. Objetivando evitar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, os programas de integridade normalmente dispõem de procedimentos internos de investigação, responsáveis por apurar infrações civis, trabalhistas, ambientais e criminais supostamente praticadas em benefício ou contra a empresa.

Após a constatação da responsabilidade de algum funcionário pelo desvio, a equipe de trabalho pode adotar medidas disciplinares internas e, quando o comportamento constituir crime, comunicar o fato às autoridades públicas para atenuar ou impedir a incriminação da pessoa jurídica. Além disso, as investigações internas permitem identificar disfunções no programa de integridade e prevenir novas infrações, aprimorando a gestão dos riscos empresariais.

Durante a apuração de ilícitos penais, no entanto, é possível ocorrer a violação de direitos das testemunhas e dos acusados envolvidos na investigação, como a devassa da intimidade e da inviolabilidade das comunicações do trabalhador.

Em razão das consequências psíquicas (estigmas, exclusão social) e jurídicas (sanções administrativas, civis, trabalhistas e penais) que podem advir das investigações, o artigo teve como objetivo abordar a necessidade de limitar a intervenção da equipe de trabalho durante as investigações internas, como forma de prevenir a imposição indevida de sanções aos empregados.

Nesse sentido, a pesquisa apontou que o departamento de *compliance* pode limitar o procedimento interno estabelecendo um Código de Investigação Interna com as fases da investigação e os direitos assegurados aos envolvidos no feito, elaborando um Estatuto dos Trabalhadores para reduzir a vulnerabilidade do empregado nas relações de trabalho, ou ainda adotando as diretrizes do processo administrativo de responsabilidade disciplinado no bojo da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/13).

Para indicar o formato de elaboração dos programas de *compliance*, foram trazidos alguns pilares sob os quais se sustentam, com destaque para (i) a *cultura de integridade empresarial*, compreendido como a internalização da importância de conformar os atos ao ordenamento jurídico e o fomento tanto por meio de assessorias especializadas aos funcionários, como disponibilizando canais de denúncias de irregularidades e divulgando informativos

com os Códigos de Ética e de Conduta, além de esclarecer as competências funcionais e eventuais responsabilidades administrativas e penais de cada; (ii) fixar claramente *o objetivo geral do programa*, e delimitar os objetivos específicos de cada setor, imputando facilmente aos responsáveis os riscos eventualmente criados durante o funcionamento da empresa; (iii) identificação e *gestão permanente dos riscos* de danos nas operações empresariais, ao inventariar quais são as implicações de determinadas infrações legais para a coletividade, adotando em seguida medidas concretas de contenção de riscos, como a seleção adequada das pessoas que irão gerenciar os riscos e a capacitação permanente dos membros da empresa; (iv) a *regulamentação das competências* de cada setor, conjuntamente com a atribuição de responsabilidades aos funcionários que exercem dever de vigilância; (v) o desenvolvimento de um *sistema interno de comunicação* que permita controlar riscos por meio da gestão de dados, onde a empresa deva ofertar aos funcionários o conhecimento atual, claro e detalhado dos riscos de danos provocados por sua atividade, disponibilizando canais fluidos e diretos de informação para esclarecimento de dúvidas e sugestões de redução de riscos, devendo o programa de integridade também impor deveres de transmissão e de consulta dessas informações aos funcionários, com o intuito de promover o funcionamento integrado e harmônico de seus setores, já que, em regra, incumbe ao oficial de compliance a função de informar a cúpula da empresa as situações de risco registradas no sistema (*bottom-up*) para que o órgão diretivo, em seguida, transmita essa informação aos funcionários envolvidos na atividade perigosa (*top-down*); por fim, (vi) o sistema de *supervisão e de aplicação de sanção disciplinar* no interior da empresa, pois, considerando o fato de que oficial de *compliance* é a pessoa responsável por desenvolver, aplicar e supervisionar o programa de integridade, constitui responsabilidade sua organizar o registro físico e virtual de toda cadeia produtiva e colacionar decisões que foram adotadas no passado para solucionar casos emblemáticos (jurisprudência corporativa).

Conforme exposto, compreendendo o processo de supervisão também o monitoramento da atuação de informantes (*whistleblower*) e a gestão de canais de denúncias oferecidos aos trabalhadores, o oficial de *compliance* ao final poderá propor o aperfeiçoamento dos mecanismos de controle de riscos, bem como aplicar medidas disciplinares aos funcionários desviantes e comunicar tal fato às autoridades públicas.

Embora não represente rol exaustivo, acredita-se que essas medidas podem reduzir a restrição indevida de direitos dos trabalhadores durante e após a instauração de investigação interna sobre crimes supostamente praticados em benefício ou prejuízo da empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providencias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública,, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 06 out. 2017.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COCA VILA, Ivó. ¿Programa de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? In: **Criminalidad de empresa e compliance**. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (org.). Barcelona: Atelier, 2013, pp. 43-76.

ESTRADA i CUADRAS, Albert; ANGLÍ, Mariona Lloblet. Derechos de los trabalhadores y deberes del empresário: conflicto em las investigaciones empresariales internas. In: **Criminalidad de empresa e compliance**. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria (org.). Barcelona: Atelier, 2013, pp. 197-228.

GUIVANT, Júlia. A trajetória das análises de risco: da periferia ao centro da teoria social. In: **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, n. 46, p. 3-38, 2º semestre de 1998.

KHULEN, Lothar, Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal. In: **Compliance y teoria del Derecho Penal**. _____.; PABLO MONTIEL, Juan. UERBINA

GIMENO, Iñigo Ortiz de. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 51-76

LYRA, Roberto. **Crimes contra a economia popular**: legislação, doutrina, jurisprudência. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1940.

MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.

MARTÍN, Victor Gomez. Compliance y derechos de los trabajadores. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Victor Gomez (org.). **Responsabilidad de la empresa y *compliance***: programas de prevención, deteción y reacción penal. Montevideo: B de F., 2014, pp. 421-458.

NIETO MARTÍN, Adán. El cumplimiento normativo. In: **Manual de cumplimiento penal em la empresa**. _____ (org.). Valência: Tirant lo Blanch, 2015, pp. 25-45.

_____. Investigaciones internas. In: **Manual de cumplimiento penal em la empresa.** _____ (org.). Valência: Tirant lo Blanch, 2015a, pp. 231-270.

SIEBER, Ulrich. Programas de compliance em derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidade económica. Tradução de Manuel A. Abanto Vásquez. In: ZAPATERO, Luis Arroyo; MARTÍN, Adán Nieto (org.). **El derecho penal económico em la era *compliance***. Valência: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 63-109.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilância y compliance empresarial. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Ínigo Ortiz de Urbina. ***Compliance* y teoria del derecho penal**. Mardid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105.

_____. Teoria del delito y Derecho Penal Econômico-empresarial. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María; LLINARES, Fernando Miro (org.). **La teoria del delito en la prática penal económica**. Madrid: La Ley, 2013a.

PRITTWITZ, Cornelius. La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los compliance officers. In: KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo. GIMENO, Ínigo Ortiz de

Urbina. ***Compliance* y teoria del derecho penal**. Mardid: Marcial Pons, 2013, pp. 79-105.

RAGUÉS i VALLÉS, Ramón. El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra lla criminalidade corporativa: whistleblowing interno vs. Whistleblowing externo. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Victor Gomez (org.). **Responsabilidad de la empresa y *compliance***: programas de prevención, deteción y reacción penal. Montevideo: B de F., 2014, pp. 459-486.

SANCHEZ, Juan Antonio Lascuraín. Salvar al oficial Ryan: sobre a possibilidad penal del oficial de cumplimiento. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy; MARTÍN, Victor Gomez (org.). **Responsabilidad de la empresa y *compliance***: programas de prevención, deteción y reacción penal. Montevideo Montevideo: B de F., 2014, pp. 301-336.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Programas de Compliance e a atribuição de responsabilidade individual nos crimes empresariais. In: **Revista portuguesa de ciência criminal**. Coimbra, ano 25, nº 1 a 4, janeiro-dezembro de 2015, pp. 117-143.

SOBRE OS AUTORES:

José Rafael Fonseca de Melo é doutorando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Políticas Criminais do Paraná (ICPC). Advogado Criminal.

Guilherme Dutra Marinho Cabral é Mestre em Direito Penal pela UERJ. Atualmente é professor de Direito Penal na Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Criminologia Crítica.

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

POSSÍVEIS REFLEXOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OMISSÃO LEGISLATIVA

POSSIBLE REFLECTIONS OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW IN THE CONTEXT OF COLLECTIVE LABOR RELATIONS: AN ANALYSIS FROM THE LEGISLATIVE OMISSION

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

POSSÍVEIS REFLEXOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OMISSÃO LEGISLATIVA

POSSIBLE REFLECTIONS OF THE GENERAL DATA PROTECTION LAW IN THE CONTEXT OF COLLECTIVE LABOR RELATIONS: AN ANALYSIS FROM THE LEGISLATIVE OMISSION

JOSÉ PEDRO PEDRASSANI
Universidade de São Paulo / GETRAB-USP
http://lattes.cnpq.br/8765886594937191
jppedrassani@gmail.com

LUCIELI BREDA
Universidade Federal do Rio Grande do Sul
https://orcid.org/0000-0002-8108-8096
http://lattes.cnpq.br/8459365035563332
lucielibreda@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho sugere uma análise, ainda que de forma incipiente, acerca das repercussões da Lei Federal N° 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD) nas relações coletivas de trabalho. O texto inicia pela abordagem acerca da omissão legislativa brasileira quanto à proteção de dados específica nas relações de trabalho *lato sensu*, traçando um paralelo com o Regulamento Europeu paradigma (GDPR), de modo a averiguar se o silêncio legislativo obstaria, de algum modo, os reflexos da LGPD na esfera trabalhista, especificamente, coletiva. Em um segundo momento, são indicadas as primeiras impressões e/ou indagações acerca dos efeitos da aplicação da LGPD às relações coletivas de trabalho, ainda que de forma não exauriente e conclusiva, mas propositiva e instigadora, haja vista a recente entrada em vigor e produção de efeitos da legislação federal em comento.

Palavras-chave: Proteção de Dados; Relações Coletivas de Trabalho; Efeitos.

Abstract

The present work suggests an analysis, albeit in an incipient way, about the repercussions of Federal Law No. 13,709 / 2018 (General Data Protection Law - LGPD) on collective labor relations. The text begins by addressing the Brazilian legislative omission regarding specific data protection in lato sensu work relations, drawing a parallel with the European Regulation paradigm (GDPR), in order to ascertain whether legislative silence would in any way prevent the reflexes of LGPD in the labor sphere, specifically, collective. In a second step, the first impressions and / or inquiries about the effects of the application of LGPD to collective labor relations are indicated, although not exhaustively and conclusively, but propositional and instigating, given the recent entry into force and production effects of the federal legislation in question.

Key words: Data Protection; Collective Labor Relations; Effects.

1 Introdução

Com a entrada em vigor da Lei Federal N° 13.709, de 14/08/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais –LGPD, em 18 de setembro de 2020, reacendeu-se o debate sobre as questões relativas à proteção de dados pessoais, o qual havia iniciado com a Lei Federal N° 12.965, de 23/4/2014, conhecida como Marco Civil da Internet e que estabeleceu os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

Neste contexto, a Lei Federal N° 13.709/2018 – LGPD, dada sua importância e abrangência, produz efeitos em diversas áreas da vida do cidadão, porquanto titular de direitos, considerando que esta lei objetiva precipuamente a proteção de dados de pessoa natural, com o intuito de garantir os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade (artigo 1º da LGPD).

Deste modo, considerando a preponderância do trabalho no convívio em sociedade da pessoa natural, é presumível que uma legislação desta amplitude também produza efeitos, de alguma maneira, nas relações de trabalho, notoriamente diante do fato de que estas relações pressupõem, necessariamente, que uma das partes seja pessoa física, qual seja, o empregado/trabalhador (artigo 3º da CLT).

Com efeito, considerando a proeminência do tema neste momento, há disponibilização, principalmente virtual, de considerável acervo de materiais e produção bibliográfica abordando a LGPD e seus reflexos nas relações individuais de trabalho. Contudo, o mesmo não ocorre no tocante às relações coletivas de trabalho.

Diante disso, este trabalho propõe uma análise preliminar acerca das possíveis repercussões da Lei Federal N° 13.709/2018 – LGPD nas relações coletivas de trabalho, dividindo-se

em duas partes: na primeira, versa sobre a omissão legislativa acerca da proteção de dados na esfera laboral, com um breve comparativo ao Regulamento Europeu (GDPR); na segunda parte, apresentam-se questionamentos acerca dos efeitos da aplicação da LGPD especificamente às relações coletivas de trabalho.

2 A omissão da LGPD, de forma expressa, no tocante às relações de trabalho: aplicabilidade

Com o avanço tecnológico das últimas décadas, bem como alteração sensível dos meios de produção, além do surgimento de novas formas de trabalho (plataformas digitais, aplicativos, teletrabalho, dentre outros), esta realidade sócio laboral tem apontado para uma exigência de que o Direito do Trabalho amplie seus conceitos e aplicabilidade, como forma de, de algum modo, proteger este trabalhador submetido aos atuais meios de execução do trabalho.

Além disso, neste ano de 2020, a sociedade deparou-se com uma realidade/crise sanitária e de saúde sem precedentes em decorrência da pandemia de Covid-19. Em razão disto, as relações de trabalho sofreram – e seguem sofrendo – impactos decorrentes das, por exemplo, condições de saúde (adoecimento, morte de trabalhadores), da crise financeira (falência, redução quadro funcionários, suspensão de contratos, redução de jornadas de trabalho e salários), da mudança do formato de trabalho (*home office*, teletrabalho, automatização) e das alterações legislativas (decretos, benefícios governamentais).

Ciência social que é, o Direito do Trabalho foi um dos principais ramos demandado para resolver ou, pelo menos, mitigar os prejuízos sociais, antes mesmo de qualquer expressão legislativa.

Neste contexto, pode perquirir-se a respeito da re-coordenação sistêmico-integradora do princípio da proteção no âmbito das relações de emprego, com a necessária transcendência para um plano mais abrangente, ainda mais pertinente quando instaurado um momento de crise, como o hodiernamente vivido, quando todos observam o Direito do Trabalho e questionam a eficácia de sua extensão normatizadora frente às rápidas mudanças empreendidas na sociedade e, ao final, se ocorrerá uma desregulamentação ou reafirmação do seu caráter imperativo (PEDRASSANI, 2020, p.15).

Dito de outra maneira, o Direito do Trabalho será – ou poderá ser – receptor das múltiplas possibilidades e modalidades de prestação laboral pessoal – mesmo que não catalogada como de emprego –, e para cada uma delas terá uma normatização variada e adaptável às peculiaridades. Deste modo, o momento atual apresenta-se como de aceitação de que o Direito do Trabalho deve ampliar o seu espectro normativo, como um caleidoscópio que traspassado pela luz e dependendo do movimento apresentará combinações diversas (IDEM, p.16).

Assim, ao revés de se cogitar de eventual sepultamento da autonomia dogmática do Direito do Trabalho, essa significativa modificação quanto à extensão de seu campo normatiza-

dor, caso assim se permita, o aproximará do ponto jurídico essencial de sua existência – e não sob o viés eminentemente econômico –, que é o ato trabalho como elemento de concretização e aperfeiçoamento do ser humano, independentemente do modelo de execução (IDEM, p.17).

O trabalho é desenvolvido, atualmente, em um contexto de uma Sociedade da Informação, isto é, uma sociedade e uma economia que fazem o melhor uso possível das tecnologias de informação e comunicação, no sentido de lidar com a informação em si, tomando esta como elemento central de toda a atividade humana (CASTELLS, 2003).

Se antes a evolução da sociedade estava fundada nos meios de produção e transformação de insumos e nas formas de obtenção de energia, típicos conceitos da anterior "sociedade industrial", atualmente o progresso da sociedade em geral é medido através dos avanços na disseminação de informações, isto é, através do aperfeiçoamento das tecnologias em comunicações (*internet*, eletrônica, telecomunicações) e de dados (*big data, blockchain*) (BREDA,2019).

No mundo intercambiante de relações sociais e compreendendo-se, cada vez mais, a característica dos sistemas jurídicos como conjuntos abertos, não encerrados em si mesmo, e comunicantes com essa realidade cambiante, revela-se particularmente interrogativo o impacto da Lei Federal 13.709/2018, identificada como Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais –LGPD, no âmbito das relações de trabalho.

É ainda mais significativa essa indagação quando admitida que a origem paradigma é a previsão alienígena europeia assentada no General Data Protection Regulation – GDPR[1] , que literal e expressamente incorpora nuances endereçadas ao campo normativo do Direito do Trabalho em seu artigo 88:

> Art. 88 GDPR - Processamento no contexto de emprego
>
> 1. Os Estados-Membros podem, por lei ou por convenções coletivas, prever regras mais específicas para garantir a proteção dos direitos e liberdades no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto do trabalho, em particular para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo cumprimento das obrigações estabelecidas por lei ou por acordos coletivos, gestão, planejamento e organização do trabalho, igualdade e diversidade no local de trabalho, saúde e segurança no trabalho, proteção da propriedade do empregador ou do cliente e para o para fins do exercício e gozo, individual ou coletivo, de direitos e benefícios vinculados ao emprego e para efeito de cessação da relação de trabalho.
>
> 2. Essas regras devem incluir medidas adequadas e específicas para salvaguardar a dignidade humana, os interesses legítimos e os direitos fundamentais do titular dos dados, nomeadamente no que diz respeito à transparência do tratamento, à transferência de dados pessoais dentro de um grupo de empresas ou de um grupo de empresas que participam num atividade econômica conjunta e sistemas de monitoramento no local de trabalho.
>
> 3. Cada Estado-Membro deve notificar à Comissão as disposições da sua legislação que adotar nos termos do n.º 1, até 25 de maio de 2018 e, sem demora, qualquer alteração subsequente das mesmas. (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

1 Em vigor desde 25 de maio de 2018, trata-se do Regulamento (UE) 2016/679 ou Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, que possui 99 (noventa e nove) artigos com intuito de harmonizar as leis de privacidade de dados em toda a Europa. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em 01 nov 2020.

Em que pese a previsão expressa no regulamento paradigma europeu (artigo 88), a Lei Federal brasileira é inespecífica nesse sentido.

No entanto, é claro que esse silêncio não autoriza a especulação quanto à ineficácia normativa da referida novel legislação quando atentado que sua razão ontológica e finalística é a proteção da privacidade (artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos[2]) e da intimidade do cidadão, seja ele trabalhador ou não, por tratar-se, além de um direito universal, de garantia constitucional de primeira dimensão, oponível e perfeito em toda sua dimensão de oponibilidade.

Com efeito, as normas constitucionais devem ser efetivadas, assim, pelo trânsito e como expressão da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal), que é o ponto de partida e não de chegada; os direitos fundamentais adentram o campo das relações de trabalho corporificados na pessoa do trabalhador, que está tutelado na inviolabilidade do seu direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, caput da Constituição Federal), à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, inciso X da Constituição Federal), quando do exercício do direito fundamental social ao trabalho (art. 6º da Constituição Federal) (COUTINHO, 2020, p. 293-294).

Além disso, especificamente em se tratando de Direito do Trabalho e ante a incontroversa omissão da LGPD neste aspecto, a previsão da GDPR poderia incorporar o ordenamento pátrio para aplicação em caso concreto por expressa autorização celetista contida no caput do art. 8º da CLT:

> Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade(sic) e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Neste artigo se encontram as balizas para a interpretação sistemática do ramo laboral e para a construção de sua hermenêutica, seja pela aplicação do diálogo das fontes ou subsidiariedade de outros ramos do Direito (SILVA, 2017, p.25-26).

Não bastasse a previsão celetista quanto às fontes subsidiárias do Direito Laboral, na prática, a GDPR também pode se aplicar em demandas brasileiras, ainda que de maneira reflexa, haja vista as relações comerciais entre países e, portanto, de *compliance* envolvendo empresas que atuarem tanto no âmbito da GDPR quanto da LGPD.

Outrossim, é inafastável que as relações de trabalho já se encontram albergadas pelo texto legal, ainda que implicitamente; seja a partir do artigo 1º que aponta como finalidade da

2 Artigo 12: Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 01 nov. 2020.

LGPD a proteção dos "direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural", sem fazer qualquer distinção quanto ao tipo de relação jurídica em que se dê o tratamento de dados pessoais; seja da própria denominação da lei como "geral", que deve, assim, espraiar os seus efeitos pelas mais variadas espécies de relações, ostentando autêntica transversalidade (PINHEIRO e BOMFIM, 2020); ou, ainda, da leitura dos artigos 7º e 11, sob os aspectos do atendimento de obrigação legal (aquelas impositivamente previstas em fonte jurídica heterônoma estatal) e de condição de execução de contrato (desde a fase pré-contratual até a pós-contratual), sem olvidar das questões relativas ao exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.

Levando em conta a imprescindível proteção dos dados do trabalhador, não há, contudo, de se olvidar que alguns dados são necessários para os termos do contrato de trabalho, ou seja, sendo necessário para que se assegure, no caso concreto, a aplicação de regras e princípios constitucionais constantes do art. 7º, tais como licença maternidade (inciso XVIII); licença paternidade (inciso XIX); proteção do mercado de trabalho da mulher (inciso XX); proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (inciso XXX); proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência (inciso XXXI); proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (inciso XXXII), ou ainda infraconstitucionais, previstos na Consolidação das Leis do Trabalho ou em legislação esparsa, a finalidade está *prima facie* implementada (COUTINHO, 2020, p. 296-297).

Deste modo, ainda que a legislação brasileira não tenha regulamentado expressamente a aplicação da proteção de dados no âmbito das relações de trabalho, não há se cogitar de inaplicabilidade da referida legislação na esfera laboral, haja vista a relevância dos dados no contrato de trabalho, que é um contrato relacional por natureza (BARZOTTO, 2015), desde antes da contratação propriamente dita e mesmo após a rescisão contratual.

3 Primeiras impressões acerca dos (possíveis) efeitos da LGPD nas relações coletivas de trabalho

Superada a questão da ausência de previsão específica trabalhista na LGPD, há que se chamar atenção frente às restrições ao exercício da autonomia negocial individual constante do art. 444 (caput) da CLT[3] , o que significa, em rápida e objetiva resposta – que por vezes não se revela a mais acertada – que no âmbito das relações individuais de trabalho impera, em exegese restritiva, a inadequação de elastecimento flexibilizador de exigência patronal de acesso e de tratamento de dados do cidadão-trabalhador, pessoais e pessoais sensíveis.

No entanto, a proposição temática desta abordagem, que não será completa e definitiva,

3 Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

mas se coloca em plano especulativo-propositivo, perpassa as relações individuais e ascende a plano das relações coletiva de trabalho.

O porquê desse escopo reside no conceito de inserção de três distintos sujeitos (trabalhador, entidade sindical profissional e polo patronal, singular ou coletivamente considerado) e de três distintas relações que, ainda que consideradas conjuntamente indissociáveis, possuem, cada qual, nuances particulares.

O primeiro sujeito é o cidadão-empregado, em sua dimensão individual e coletiva, assim consideradas aquelas existentes em face do empregador (relação essa que atrairá a incidência de cláusulas normativas ajustadas nos convênios coletivos) e do agrupamento profissional deliberativo-assemblear (restrito a uma coletividade de empregados-interessados ou até abrangente da categoria profissional).

A entidade sindical profissional, como segundo elemento, atua exteriormente como vetor de concretização e de formalização do exercício da deliberação coletiva, em exercício de representação coletiva exclusiva e totalizadora da coletividade profissional, de maior ou menor abrangência, como também numa angulatura que acentua interesses próprios, construindo, assim e respectivamente, cláusulas normativas e obrigacionais.

Por fim, o polo patronal, igualmente interrelacionado com os dois anteriores, mediante compromissada aplicação das condições negociadas.

Visto esse plano jurídico em momento estático, a perfeição triangular permitiria o afastamento de qualquer imperfeição e inconsistência, o que não sucede no contínuo e interdependente influxo de condutas.

Pois bem. A par dos estudos doutrinários-dogmáticos a respeito da finalidade da negociação coletiva – se complementar, subsidiária ou inovadora à legislação positiva estatal, é fato histórico que a partir dos diálogos negociais são construídos benefícios sem paradigma legal, tais como auxílio-creche, auxílio-escolar e plano médico (extensivo a dependentes).

Para todos esses, necessariamente há coleta e tratamento de dados, pessoais e potencialmente pessoais-sensíveis, pelo empregador, visando a operacionalização desses, com o que há atração da comentada Lei Federal.

Tome-se como ponto inicial a seguinte indagação: considerando que a coleta e tratamento desses dados não decorre de obrigação legal, restritivamente considerada, é possível flexibilizar o requisito "consentimento" do empregado, admitindo-se como válida e eficaz a autorização em assembleia?

Mesmo que inicialmente tentadora a oferta de resposta positiva, compreendendo-se que o homem inserido em coletividade de iguais encontra-se protegido de influxos externos e capaz de expressar o seu mais íntimo interesse, é recomendável uma reflexão mais acurada. Mesmo em ambiente de iguais, em se tratando a privacidade e a intimidade de garantias constitucionais de primeira dimensão, não parece recomendável a disponibilidade da manifestação individual mediante aprovação genérica e coletiva em assembleia, sem que individualizada e expressa seja a manifestação de concordância (TEIFKE, 2010).

Poder-se-ia objetar que a coleta e tratamento dos dados vinculados aos respectivos benefícios negociais dizem respeito à própria execução de condições contratuais, encontrando eco em previsão da Lei Federal 13.709/2018. Ocorre tanto inexistir consenso doutrinário a respeito da catalogação institucional da convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho como tipicamente contratos, ainda que possuidores de similaridades, temática que remonta à década de 1930 (Decreto 21.761/32) e presentes nos saudosos estudos de Helvécio Xavier Lopes (1936) e Orlando Gomes (1995), quanto merece compreensão de que dessas fontes jurídicas autônomas-coletivas é que se expandem vetores de incidência nos contratos individuais de trabalho, pelo que não se revelam, prima facie, como contratos em sua essência.

Mas, então, afigurar-se-ia admissível que a negociação coletiva modulasse, com menor rigor e maior informalidade, o "de acordo" para a coleta e o tratamento desses dados, como se a ausência de expressa contrariedade (ou seja, o silêncio) do cidadão-empregado caracterizasse sua concordância (na modalidade tácita)?

Há evidente a atualidade nessa perspectiva, não só em face de uma leitura conforme à Constituição Federal (art. 7º, XXVI) como, e principalmente, pela temática 1046 de repercussão geral destacada junto ao Supremo Tribunal Federal, ainda que esse debate possa estar restrito a "direito trabalhistas" (compreenda-se, de aplicação exclusiva no âmbito das relações de trabalho subordinadas).

Mesmo assim, permeia um sentimento de proteção primária da intimidade (art. 5º, X, CF) em face da autonomia coletiva, de modo que a colisão na perspectiva constitucional sugere a prevalência da regra indeclinável do caráter individual e específico da manifestação de vontade. Nessa ótica, a coerência da prevalência da disponibilidade negocial-coletiva se apresenta mais no consenso estipulativo a respeito dos contornos documentais de formalização do agreement.

Outro impacto incorporado pela Lei Federal 13.709/2018 está palmado no seu art. 5º, inciso II, quando expressamente cataloga como dado pessoal sensível a filiação a sindicato, diante de duas perspectivas manifestas.

Uma, desvelada por recentes ocorrências negociais que conferem determinados benefícios somente a empregados associados à entidade sindical profissional signatária do convênio coletivo, qualificativo esse restrito àqueles que de modo volitivo contribuem pecuniariamente para a respectiva associação sindical.

Não se está a tratar, neste momento, da pertinência desse ajuste frente à liberdade individual associativa constitucionalmente assegurada (art. 5º, XX) ou mesmo da nuance de legítimo expediente que as entidades sindicais possuem para valorização da atuação representadora em prol de coletividade profissional (independentemente da qualificação associativa do trabalhador), e da qual não podem se furtar por imposição constitucional (art. 8º, II e VI).

O que se está a ponderar, admitindo-se como válido e eficaz esse encaminhamento negocial coletivo, são as consequências, inclusive comportamentais, impostas ao empregador, na medida em que a incidência dos clausulamentos restritivos possuem uma condição aplicação,

que é a filiação sindical.

Em se tratando de dado pessoal sensível, perquire-se como o empregador promoverá a coleta e tratamento desse dado frente à Lei Federal abordada. Competirá ao mesmo a formulação de questionamento junto aos seus empregados ou o dever de informação está a cargo da entidade sindical, obviamente possuidora do respectivo dado?

De qualquer sorte, ao possuir esse dado coletado, inexoravelmente o empregador terá de tratá-lo para efeitos de modelação da folha de pagamento, tornado inconcebível seja o mesmo anonimizado.

E ao tomar conhecimento desse dado pessoal sensível, que consequências jurídicas e patrimoniais poderão advir da Lei Federal 9.029/95[4] , quando trata da capitulação de práticas discriminatórias em condutas admissionais e de perenidade das relações individuais de trabalho?

O segundo enfoque remete à temática ainda presente, e acentuada a partir da Lei Federal 13.467/17, da tradição das negociações coletivas em estabelecer, como cláusula obrigacional do empregador, o dever de desconto salarial pelos empregadores com posterior repasse desses ao sindicato profissional, notadamente de mensalidades e outras contribuições associativas.

Se naquela anterior hipótese o conhecimento pelo empregador do dado pessoal sensível "filiação sindical" tem razão finalística de aplicação de cláusula normativa às relações individuais de trabalho, ao menos sugerindo pertinência do tratamento – ainda que isso não afaste as angulaturas antes destacadas -, aqui o campo duvidoso é mais extenso.

Trata-se de dado irrelevante na linearidade da relação jurídica existente entre empregado e empregador, mas de deslocamento para o empregador do vínculo obrigacional que está tipicamente afetado no liame associativo entre trabalhador (pagamento da obrigação contributiva) e entidade sindical (recebimento e quitação dessa), com o que passa o empregador a deter maiores responsabilidades, notadamente nas hipóteses em que a referida previsão igualmente impõe o dever de repasse à entidade sindical de folha salarial atualizada e com identificação nominal do empregado.

Poder-se-ia ponderar que os encaminhamentos propostos estão assim apresentados diante da realidade constitucional da representação impositiva fundada na unicidade categorial de base territorial mínima, na qual é irrelevante a manifestação volitiva individual concorde com a personificação sindical, o que encontra realidade distinta acaso houvesse cambiamento para o regime típica e efetivamente associativo, assim compreendido esse como o tipificado no vigésimo inciso do artigo 5º da Constituição Federal.

Assim concebida como volitiva a associação, o cidadão-empregado por ocasião da formalização de sua aderência, inclusive aos termos do estatuto social, firmaria expressamente um documento – genérico e abstrato – previamente acatando e concedendo consentimento à entidade associativa-sindical com conteúdo permissivo da coleta e tratamento de dados – pessoais e

4 Art. 1o É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7o da Constituição Federal. – com destaque.

pessoais-sensíveis – necessários à efetivação de cláusulas objeto de negociação coletiva, tanto por essa entidade quanto pelo próprio empregador.

Mas mesmo nesse quadro especulativo, esse conceito ainda não seria suficiente para atendimento das imposições incorporadas pela vigente LGPD e em sua interpretação conforme a Constituição Federal, especialmente quando compreendida que a proteção legal exige a manifestação assentada em prévia informação da destinação finalística (do dado e de seu tratamento) e concedida especificamente para essa finalidade.

4 Considerações Finais

Por tudo o que expressado, e consideradas as naturais imperfeições de uma análise perfunctória, é de se concluir que teria sido pertinente, na elaboração da Lei Federal 13.709/2018, houvesse o Estado-Legislador incorporado expressa normatização endereçada ao exercício da negociação coletiva, prevendo conformações especiais e adaptadas à realidade dessa especial fonte jurídica autônoma.

Não tendo assim se debruçado, é temerária a posterior intervenção complementar-regulamentadora (decretos, regulamentos etc) estatal, face exigência constitucional de que tal ato esteja orientado à fiel execução da lei (art. 84, IV) e não a sua descaracterização ou derrogação implícita.

Referências Bibliográficas

BARZOTTO, Luciane Cardoso. O contrato de trabalho como contrato relacional. In: Revista LTr: legislação do trabalho, v. 79, n. 11, p. 1345-1352, nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: noções de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodeigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. Lei N° 12.9658/2014 – Marco Civil da Internet. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. 01 nov. 2020.

_____. Lei N° 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 01 nov. 2020.

_____. Lei 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BREDA, Lucieli. O direito à informação aplicado às relações de trabalho. Orientadora: Luciane Cardoso Barzotto. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

CASTELLS, Manuel. A Galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CESARINO JÚNIOR, A. F. Direito social brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1970.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. Sindicato e contrato coletivo de trabalho. Pelotas: Ofigraf, 1965.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Proteção de dados do trabalhador e a questão do necessário consentimento: uma abordagem a partir da Lei n. 13.709/2018. In: Futuro do trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade/organização: Rodrigo de Lacerda Carelli, Tiago Muniz Cavalcanti, Vanessa Patriota da Fonseca. – Brasília: ESMPU, 2020.

FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Orlando. A convenção coletiva de trabalho. Edição fac-similiada. São Paulo: LTr, 1995.

HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Civitas, 1995.

HOBSBAWM, Eric J. Mundos do Trabalho. Trad. Waldea Barcellos e Sandra Bedran. Rio Janeiro: Paz e Terra, 2000.

LOPES, Helvécio Xavier. Convenção legislativa de trabalho na legislação brasileira. Rio de Janeiro: Apollo, 1936.

PECCOUND, Dominique (org.). El Trabajo Decente – puntos de vista filosóficos y espi-

rituales. Madrid: Oficina Internacional del Trabajo, 2006.

PEDRASSANI, José Pedro. Direito do Trabalho e Transformações Sociais: reflexão compatibilizadora do princípio da proteção (um caso a partir da ordem jurídica brasileira). Artigo apresentado no VIII Congreso Iberoamericano y Europeo de Derecho del Trabajo y Seguridad Social em 14 out 2020.

_____. Supralegalidade dos Convênios Coletivos. São Paulo: LTr, 2014.

PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. A Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/a-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho>. Acesso em 01 nov. 2020.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Da autonomia dogmática do direito do trabalho. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. O Direito do Trabalho e sua Relação com o Direito Comum entre Autonomia, Subsidiariedade e Confluência: Interpretando o art. 8º da Consolidação Reformada das Leis do Trabalho à Luz do Particularismo. In: Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica. Org. Guilherme Guimaraes Feliciano, Marco Aurélio Marsiglia Treviso, Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes. São Paulo: LTr, 2017.

SUPIOT, Alain. Crítica do Direito do Trabalho. Trad. António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

TEIFKE, Nils. Flexibilidade da dignidade humana? Para a estrutura do art. 1º, alínea 1, da lei fundamental. Trad. Roberto José Ludwig. In: HECK, Luís Afonso (Org.). Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento Geral de Proteção de Dados – GDPR. Disponível em: <https://gdpr-info.eu/>. Acesso em 01 nov. 2020.

UNICEF BRASIL. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 01 nov. 2020.

SOBRE OS AUTORES:

José Pedro Pedrassani: Advogado. Doutor em Direito do Trabalho (USP). Mestre em Direito Processual (UFRGS). Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Pesquisador do GETRAB-USP. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-3601-3538. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8765886594937191 E-mail para contato: jppedrassani@gmail.com

Lucieli Breda: Advogada. Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (PUC/RS). Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8108-8096. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8459365035563332 E-mail para contato: lucielibreda@hotmail.com

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

LA DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA E I SUOI LATI OSCURI*

PARTICIPATORY DEMOCRACY AND ITS DARK SIDES

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

* Il presente intervento riprende il contenuto della relazione "La democrazia partecipativa a livello statale" presentata al Convegno "Rappresentanza e partecipazione tra Stato e Regioni", Regione Umbria-Assemblea legislativa, Centro Studi Giuridici e Politici, Palazzo Cesaroni, Perugia, 8 novembre 2019, nonché il contenuto della pubblicazione, in lingua inglese, Participatory democracy and its dark sides, in Federalismi.it, n. 12/2020.

LA DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA E I SUOI LATI OSCURI*

PARTICIPATORY DEMOCRACY AND ITS DARK SIDES

ALESSANDRA ALGOSTINO
Università degli Studi di Torino
alessandra.algostino@unito.it
https://www.giurisprudenza.unito.it/persone/alessandra.algostino
https://orcid.org/0000-0002-5302-1564

Riassunto:

Nell'intervento si riflette sul concetto di democrazia partecipativa, nella prospettiva del suo inserimento nello spazio di due principi e, insieme, obiettivi da rendere effettivi, attraverso i quali si articola l'essenza della democrazia: la sovranità popolare e la partecipazione.

Si muove da una definizione della locuzione "democrazia partecipativa", mettendo in luce i tratti che la contraddistinguono dalla declinazione "rappresentativa" e "diretta" della democrazia, così come dalla democrazia dal basso. L'intento è proporre una riflessione sull'apporto che la democrazia partecipativa può offrire in direzione di una democrazia quanto più possibile effettiva, senza misconoscere i rischi che essa presenta e nella consapevolezza della strutturale dinamicità, tensione e incompiutezza della democrazia.

Parole-chiavi: Democrazia partecipativa, Sovranità popolare, Partecipazione, Cittadinanza, Pluralismo

Abstract:

The essay reflects on the concept of participatory democracy, in the perspective of its insertion into the space of two principles and, together, objectives to be made effective, through which the essence of democracy is articulated: popular sovereignty and participation.

It starts from a definition of the term "participatory democracy", highlighting the traits that distinguish it from the "representative" and "direct" declination of democracy, as well as from democracy from below. The intent is to propose a reflection on the contribution that participatory democracy can offer in the direction of a democracy that is as effective as possible, without ignoring the risks it presents and in the awareness of the structural dynamism, tension and incompleteness of democracy.

Parole-chiavi: Participatory democracy, Popular sovereignty, Participation, Citizenship, Pluralism

1. Una imprescindibile premessa: sul senso della sovranità popolare e della partecipazione

Senza pretesa di approfondire il concetto di sovranità popolare, o di ricostruire le teorie sulla partecipazione, ma al più limitato scopo di individuare il terreno sul quale costruire un discorso sulla democrazia partecipativa, conviene muovere dal riconoscimento della sovranità popolare, ovvero, nell'orizzonte della Costituzione italiana, dall'art. 1, co. 2, e dall'obiettivo della «effettiva partecipazione» («di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», art. 3, co. 2, Cost.).

La sovranità popolare rappresenta un *prius* rispetto allo Stato, è il fondamento dello Stato, è oggetto, detto altrimenti, di una semplice constatazione[1] ; in quanto tale, logicamente, non si identifica con lo Stato[2] . Lo Stato e le sue istituzioni sono espressione, in un ordinamento democratico, di sovranità popolare[3] , nel senso che lo «Stato-soggetto» assume, rispetto al principio della sovranità popolare, «carattere strumentale» (Crisafulli) [4], ma non esauriscono la sovranità popolare.

La sovranità popolare – si può aggiungere – trova un canale privilegiato di espressione nella democrazia rappresentativa: si pensi all'esercizio di sovranità attraverso i diritti politici, sia che siano intesi in senso stretto come diritti elettorali sia in senso ampio come comprendenti anche la partecipazione attraverso i partiti politici[5] . Ma, ponendosi nel solco della tesi di Crisafulli, anche l'esercizio del diritto di riunione o della libertà di associazione ricadono nell'alveo della sovranità popolare e costituiscono una forma di partecipazione[6] . L'esercizio dei diritti fondamentali, in altri termini, citando Ferrajoli, può configurarsi come esercizio di sovranità popolare frammentata: «i diritti fondamentali danno forme e contenuti alla volontà popolare» e costituiscono «*frammenti di sovranità popolare* in capo a tutti e a ciascun cittadino»[7].

1 Cfr. G. FERRARA, La sovranità popolare e le sue forme, in S. LABRIOLA (a cura di), Valori e principi del regime repubblicano, 1.I Sovranità e democrazia, Laterza, Roma-Bari, 2006, spec. pp. 261-262.

2 … come invece parte della dottrina, Tosato ad esempio, ha sostenuto (E. TOSATO, Sovranità del popolo e sovranità dello Stato, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1957).

3 Sul legame democrazia-sovranità popolare, per tutti, cfr. C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, I, X ed. rielaborata ed aggiornata a cura di F. Modugno, A. Baldassarre e C. Mezzanotte, Cedam, Padova, 1991, p. 153.

4 V. CRISAFULLI, La sovranità popolare nella Costituzione italiana, in Rassegna Giuliana di Diritto e Giurisprudenza, 1954, p. 57.

5 Se si identifica la «sovranità» con l'esercizio dei diritti di decisione (voto) spettanti al corpo elettorale, il «popolo» titolare della sovranità viene ad essere identificato con il corpo elettorale: così C. MORTATI, Art. 1, in G. BRANCA (a cura di), Commentario della Costituzione, Principi fondamentali, Bologna-Roma, 1957, pp. 27-28; mentre, in senso critico sulla coincidenza fra corpo elettorale e popolo, cfr. V. CRISAFULLI, La sovranità popolare, cit., spec. pp. 26 ss.

6 Si adotta la concezione che contempla, tra le forme che rendono effettivo l'esercizio della sovranità popolare, l'associarsi ad un partito, concorrendo a determinare la politica nazionale, o l'esercitare il diritto di riunirsi pacificamente e senz'armi, o l'associarsi liberamente per fini che non siano vietati ai singoli dalla legge penale (T. MARTINES, Art. 56-58, in G. BRANCA (a cura di), Commentario della Costituzione, Le Camere, Tomo I, Bologna-Roma, 1984, p. 72; per tutti, inoltre, in tal senso, cfr. V. CRISAFULLI, La sovranità popolare, cit., in particolare pp. 40 ss.; diversamente C. MORTATI, Art. 1, cit., pp. 27-28, e D. NOCILLA, Popolo (dir. cost.), in Enc. dir., XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985, p. 387).

7 L. FERRAJOLI, Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 2. Teoria della democrazia, Laterza, Roma.Bari, 2007, pp. 10-11.

È necessario però un passo ulteriore: diritto di voto, partiti, associazioni e libertà, sono esplicitamente contemplati e tutelati dalla Costituzione[8] ; possono considerarsi espressione di sovranità popolare anche manifestazioni non formalizzate?

Nel senso di una risposta affermativa militano (quantomeno) due argomentazioni.

La prima. La sovranità popolare può manifestarsi in forme non predeterminate proprio in quanto essa costituisce espressione dell'esercizio di diritti, come il diritto di riunione, la libertà di associazione, la libertà di manifestazione del pensiero [9].

La seconda. La nozione di sovranità popolare si accompagna ad un concetto ampio di partecipazione[10] , che riflette le diverse facce che compongono la democrazia (sostanziale) – politica, sociale, economica – che trovano una traduzione letterale nelle tre dimensioni della formula «organizzazione politica, economica e sociale» di cui all'art. 3, co. 2, Cost.

L'art. 3, co. 2, Cost., cioè, ha le sue radici nell'art. 1 Cost[11]. , e si irradia nelle norme in tema di rapporti economici, così come nelle libertà politiche e nei diritti sociali[12] : la partecipazione effettiva gioca nei vari ambiti un ruolo dinamico, esprimendo la tensione che è insita nel processo democratico[13] .

Il carattere attivo e la declinazione come «effettiva» della partecipazione inducono, non solo a ritenere legittime, bensì anche a valorizzare esperienze nuove di partecipazione, che conoscano o meno una istituzionalizzazione. Il riferimento è, per l'appunto, alla democrazia partecipativa[14] , ma anche alla democrazia come attività di "*surveillance*" (Rosanvallon) o alla democrazia dal basso (nella pluralità delle manifestazioni ad essa riconducibili, dall'esperienza delle "fabbriche recuperate" ai movimenti territoriali o per il diritto alla casa, da Fridays For Future ai centri sociali, etc.).

Sempre dal radicamento della partecipazione nell'art. 3, co. 2, Cost., si può poi dedurre il suo stretto legame con le istanze di giustizia sociale: da un lato, la partecipazione necessita delle pre-condizioni assicurate attraverso la liberazione dagli «ostacoli di ordine economico e sociale» (ponendosi rispetto a questi ultimi come un obiettivo); dall'altro, essa costituisce strumento del progetto di emancipazione individuale e sociale. La partecipazione, in altri

8 Rispettivamente ai sensi degli articoli 49 e 18, ma anche, in via generale, ai sensi dell'articolo 2, della Costituzione.

9 Cfr. U. ALLEGRETTI, Il Movimento internazionale come attore costituzionale, in Dem. e dir., n. 1/2004, pp. 68 ss.

10 Vedi V. CRISAFULLI, La sovranità popolare, cit., p. 57; recentemente, cfr. S. D'ALBERGO, Dalla democrazia sociale alla democrazia costituzionale (un percorso dell'ideologia giuridica), in Costituzionalismo.it, n. 3/2005, p. 10; G. AZZARITI, Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali, in Costituzionalismo.it, n. 3/2009; M. MANETTI, Costituzione, partecipazione democratica, populismo, in Rivista AIC, n. 3/2018, p. 389.

11 In argomento, sul nesso fra lavoro, partecipazione, uguaglianza, ex multis, cfr. M. DOGLIANI, C. GIORGI, Costituzione italiana: art. 3, Carocci, Roma, 2017, p. 101; M. LUCIANI, Radici e conseguenze della scelta repubblicana di fondare la Repubblica democratica sul lavoro, in ADL – Argomenti dir. lavoro, 3/2010, pp. 634 s.

12 L. BASSO, Per uno sviluppo democratico nell'ordinamento costituzionale italiano, in Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente, v. IV: Aspetti del sistema costituzionale, Firenze, 1969, p. 17.

13 Cfr. B. CARAVITA, Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione, Padova, 1984, p. 113.

14 Per interessanti considerazioni sul legame fra democrazia partecipativa e art. 3, co. 2, Cost., cfr. A. VALASTRO, Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione, in Costitutizonalismo.it, n. 1/2017, spec. pp. 59 ss.; M. PICCHI, Il diritto di partecipazione: note preliminari (per l'effettività dei diritti sociali), nella rivista del Gruppo di Pisa, n. 3/2012.

termini, si pone allo stesso tempo come oggetto e come soggetto del progetto di trasformazione sociale e di costruzione di una democrazia sostanziale. Se un limite si vuol individuare, esso appare intrinseco al concetto di *partecipazione democratica*.

Si muove, dunque, da un concetto di sovranità popolare, interpretato come aperto e dinamico, in stretta connessione con la «partecipazione effettiva» concepita come elemento di vitalità della democrazia, nella prospettiva – citando Rosa Luxemburg – che «"il faticoso movimento delle istituzioni democratiche" possiede un potente correttivo… nel vivente movimento delle masse, nella loro pressione ininterrotta»[15] , che può dar luogo a nuove forme di partecipazione, quale la democrazia partecipativa[16] .

2. *Il quid distintivo della democrazia partecipativa*

La locuzione "democrazia partecipativa" si afferma negli anni Sessanta e Settanta, nell'ambito di quella che Held definisce Nuova Sinistra[17] .

Si ritiene che la partecipazione – riprendendo le parole della Pateman – sia capace, al netto delle realistiche considerazioni sull'effettivo coinvolgimento dell'«ordinary man», di rendere ciascuno «meglio in grado di valutare le prestazioni dei rappresentanti a livello nazionale», «meglio attrezzato per prendere decisioni», nonché più preparato ad esercitare un controllo sulla propria vita e sul proprio ambiente[18] . In questa prospettiva si sostiene l'estensione della partecipazione a «sfere al di fuori del governo statale», in primo luogo quella «dell'impresa»[19] , ma anche della comunità locale, nell'ambito di un «sistema istituzionale aperto per assicurare la possibilità di sperimentare nuove forme politiche»[20] .

La narrazione della democrazia partecipativa oggi prevalente riprende alcune caratteristiche di quella sintetizzata; ne assume il portato educativo e la capacità di rinnovare la democrazia. Entra, inoltre, in alcune costituzioni: si pensi alla qualificazione come «partecipativo» del carattere democratico dello Stato nella Costituzione venezuelana o all'esplicito riferimento alla democrazia partecipativa nella Costituzione boliviana[21], ma anche alla Costituzione

15 R. LUXEMBURG, La rivoluzione russa, 1918.

16 Connette all'incompiutezza della democrazia e alla sua essenza dinamica l'emergere di strumenti relativi alla democrazia partecipativa, nell'habermasiano "spazio pubblico politico", U. ALLEGRETTI, Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione, in Dem. e dir., n. 2/2008, pp. 177-178.

17 D. HELD, Models of Democracy, 1996, trad. it. Modelli di democrazia, il Mulino, Bologna, 1997, pp. 369 ss.

18 C. PATEMAN, Participation and democratic theory, Cambridge University Press, 1970, p. 110.

19 C. PATEMAN, Participation and democratic theory, cit., pp. 106-111.

20 D. HELD, Modelli di democrazia, cit., p. 379.

21 Si veda la Costituzione bolivariana del Venezuela, 1999, che nel Preambolo si riferisce al «fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, partecipativa…», nell'art. 2 definisce il Venezuela un «Estado democrático y social de Derecho y de Justicia» e all'art. 6 specifica che «el gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de las entidades políticas que la componen es y será siempre democrático, partecipativo…» (in argomento, per un primo commento, cfr. D. PICCIONE, Presidenzialismo e democrazia partecipativa nella Costituzione bolivariana del Venezuela, in Dir. pubbl. comp. ed europeo, n. 2005-I, pp. 3 ss.; G. ALLEGRETTI, Politiche di partecipazione in Venezuela: tra discorso costituzionale e pratiche sperimentali, in Dem. e dir., n. 3/2006, pp. 42 ss., e ID., Politiche di partecipazione in Venezuela: l'inizio di un percorso di statuizione normativa, in Dem. e dir., n. 4/2006, pp. 27 ss.); o la Nueva Constitución política del Estado della Bolivia, 2007, che, all'art. 11, sancisce: «el Estado adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria».

portoghese, che, all'art. 2, prevede il rafforzamento della democrazia partecipativa.

Nelle esperienze latinoamericane, a differenza di quelle europee, è forte il legame fra democrazia partecipativa e istanze di giustizia sociale, redistribuzione delle ricchezze e lotta alla diseguaglianza[22].

Nelle versioni europee odierne, si perde, segnando la distanza rispetto alle teorie degli anni Sessanta, l'ambizione a rendere la democrazia partecipativa il volano per una democratizzazione di altre sfere, quali, in primis, quelle delle relazioni industriali ed economica. Qui il concetto più *à la page è "governance"*, la quale – scusandomi per il carattere assertivo, ma ai fini del presente lavoro non pare necessario approfondire oltre il concetto – costituisce non tanto una sede di partecipazione della società civile, quanto una procedura impositivo-concertativa, che, dietro la retorica mistificatrice di una tavola rotonda alla quale siedono i potenziali interessati (con un *mélange* fra soggetti pubblici e soggetti privati), riproduce le diseguaglianze e mira a disinnescare il potenziale rivendicativo del quale possono essere portavoce settori della società civile[23].

I meccanismi di democrazia partecipativa si attestano all'interno del campo istituzionale, configurandosi come strumento di gestione del governo, che sia a livello locale o nazionale.

Si perde, cioè, l'immagine della democrazia partecipativa come luogo di sperimentazione di forme di autogestione, ovvero di forme politiche alternative, e di essa si afferma una versione che si può definire "interna" rispetto alle istituzioni, in funzione integrativa rispetto al processo decisionale politico-amministrativo[24].

La domanda, allora, è: quanto il fatto che si discorra di modalità di organizzazione del potere sposta il *focus* dal diritto di partecipazione, nella prospettiva del coinvolgimento dei cittadini, in chiave emancipante, alla governabilità[25] , inscritta in una logica decisionista, nel segno dell'efficacia della decisione?

Per rispondere è necessario addentrarsi nel terreno della democrazia partecipativa, delle sue pratiche, dei suoi rapporti con le altre declinazioni della democrazia; e preliminare si rivela la ricerca di una sua definizione.

Nella molteplicità ed eterogeneità dei significati e delle figure che la democrazia

22 U. ALLEGRETTI, La democrazia partecipativa in Italia e in Europa, in Rivista AIC, n. 1/2011, p. 5.

23 In tema, ex plurimis, M.R. FERRARESE, La governance tra politica e diritto, il Mulino, Bologna, 2010; A. ARIENZO, Dalla corporate governance alla categoria politica di governance, in G. BORRELLI (a cura di), Governance, Dante&Descartes, Napoli, 2004, pp. 125 ss.; G. MESSINA, Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto, Franco Angeli, Milano, 2012; nonché, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. ALGOSTINO, Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav, Jovene, Napoli, 2011, pp. 122 ss.

24 P. ROSANVALLON, La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité, Seuil, Paris, 2008, p. 323, evidenzia, al di là dell'utilizzo della stessa terminologia, la differenza fra le esperienze di democrazia partecipativa "tradizionali" e la maggior parte di quelle attuali, individuandola innanzitutto nell'origine istituzionale delle seconde, nel loro carattere non sostitutivo di precedenti meccanismi di decisione e nella loro limitazione ad alcuni campi particolari; il che induce a leggerle come strumenti di governo più che di autogestione.

25 In senso critico, sulla governabilità come tecnica coattiva, cfr. G. FERRARA, La crisi del neoliberismo e della governabilità coatta, in Costituzionalismo.it, n. 1/2013).

partecipativa assume[26], un suo primo connotato emerge *a contrario*, distinguendola sia dalla democrazia rappresentativa sia dalla democrazia diretta classica[27]: essa è una forma di coinvolgimento dei cittadini[28] non riconducibile al circuito elettorale-rappresentativo o referendario[29]; la mancanza degli elementi della spontaneità, dell'auto-organizzazione e dell'indipendenza rispetto alle istituzioni, segna invece la sua differenza rispetto alla democrazia dal basso[30].

Esperienze di democrazia partecipativa sono, per intendersi, i bilanci partecipativi[31], le giurie civiche berlinesi[32], i vari strumenti di urbanistica partecipata[33], l'istituto francese (così

26 L. BOBBIO, Dilemmi della democrazia partecipativa, in Dem. e dir., n. 4/2006, p. 12; U. ALLEGRETTI, Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia, in ID. (a cura di), Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa, Firenze University Press, Firenze, 2010, p. 17; M. DELLA MORTE, Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi, FrancoAngeli, Milano, 2012, p. 107. Per una panoramica delle diverse pratiche, ovvero differenti modelli, soggetti, procedure, incidenza, contesti e livelli territoriali, ricondotte e riconducibili alla democrazia partecipativa, cfr. U. ALLEGRETTI, Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione, cit., pp. 175 ss. (nonché ID., La democrazia partecipativa in Italia e in Europa, cit.; ID., Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia, in Rivista AIC, n. 1/2011).

27 Quanto alla declinazione deliberativa della democrazia, la questione si presenta come più complessa: in estrema sintesi, quest'ultima può configurarsi sia come forma a sé sia come metodo applicabile nel contesto delle altre declinazioni; in tema, fra i classici, J. COHEN, Deliberation and Democratic Legitimacy, in A. HAMLIN, P. PETTIT (eds.), The Good Polity. Normative Analysis of the State, Blackwell, Oxford, 1989; J. HABERMAS, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, trad. it. Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia, a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano, 1996, pp. 341 ss.; J. ELSTER (a cura di), Deliberative democracy, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; nonché, più recentemente, J. FISHKIN, P. LASLETT (a cura di), Debating Deliberative Democracy, Wiley-Blackwell, 2003; G. BOSETTI, S. MAFFETTONE (a cura di), Democrazia deliberativa: cosa è, Luiss University Press, Roma, 2004; A. GUTMANN, D. THOMPSON, Why Deliberative Democracy?, Princeton University Press, Princeton, 2004; C. R. SUNSTEIN, Designing Democracy. What Constitutions Do, Oxford University Press, 2001, trad. it. A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa, il Mulino, Bologna, 2009; A. FLORIDIA, Un'idea deliberativa della democrazia. Genealogia e principi, il mulino, Bologna, 2017; R. BIFULCO, Democrazia deliberativa e principio di realtà, in Federalismi.it, n. 1/2017.

28 Si intende il termine in senso ampio, come residenti/partecipanti ad una determinata collettività (quindi in una locuzione che include anche gli stranieri).

29 Senza misconoscere ovviamente che la partecipazione è elemento intrinseco ad ogni forma di democrazia: la differenza è nelle modalità della sua estrinsecazione concreta.

30 Sulla democrazia dal basso, cfr. J. BRECHER, T. COSTELLO, B. SMITH, Globalization from Below. The Power of Solidarity, 2000, trad. it. Come farsi un movimento globale. La costruzione della democrazia dal basso, DeriveApprodi, Roma, 2001; A. ALGOSTINO, Democrazia, rappresentanza, partecipazione, cit., pp. 133 ss.

31 A partire dal caso emblematico e noto di Porto Alegre (sul punto esiste ormai una vastissima letteratura: fra i molti cfr. B. DE SOUSA SANTOS, Il bilancio partecipativo a Porto Alegre: per una democrazia redistributiva, e L. AVRITZER, Modelli di deliberazione democratica: un'analisi del bilancio partecipativo, in B. DE SOUSA SANTOS (a cura di), Democratizzare la democrazia. I percorsi della democrazia partecipativa, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2003, pp. 359 ss.; G. ALLEGRETTI, L'insegnamento di Porto Alegre. Autoprogettualità come paradigma urbano, Alinea, Firenze, 2003; M. GRET, Y. SINTOMER, The Porto Alegre Experiment. Learning Lessons for Better Democracy, Zed Books, London, 2005), attraverso l'esperienza spagnola (cfr., per un primo commento, E. GANUZA FERNÁNDEZ, Democrazia e partecipazione: i bilanci partecipativi in Spagna, in Dem. e dir., 3/2006, pp. 70 ss.; ID., Los presupuestos participativos en España: impacto y futuro en la ciudades, in U. ALLEGRETTI (a cura di), Democrazia partecipativa, cit., pp. 113 ss.), per arrivare ai casi italiani (per un primo approccio, cfr. A. L. PECORIELLO, F. RISPOLI, Pratiche di democrazia partecipativa in Italia, in Dem. e dir., n. 3/2006, pp. 115 ss.; V. CANAFOGLIA, Cicli procedurali dei bilanci partecipativi: alcuni esempi italiani, in U. ALLEGRETTI (a cura di), Democrazia partecipativa, cit., pp. 129 ss.); in una prospettiva comparata, cfr. Y. SINTOMER, C. HERZBERG, A. RÖECKE, Les budgets participatifs en Europe, La Découverte, Paris, 2008; Y. SINTOMER, G. ALLEGRETTI, I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel nuovo continente, Ediesse, Roma, 2009.

32 Vedi A. RÖECKE, Y. SINTOMER, Estrazione a sorte e democrazia partecipativa: riflessioni sugli esiti delle giurie civiche berlinesi, in Dem. e dir., n. 3/2006, pp. 87 ss.

33 Per un richiamo ad alcune esperienze ed ulteriore bibliografia, cfr. A. L. PECORIELLO, F. RISPOLI, Pratiche di democrazia, cit., spec. pp. 116 ss.; C. CUDIA, La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque è interessato, in Dir. pubbl., n. 2008/1, pp. 263 ss.; G. DEPLANO (a cura di), Partecipazione e comunicazione nelle nuove forme del piano urbanistico, Edicom, Monfalcone (GO), 2009; con specifico riferimento alla programmazione sociale territoriale, M. PACI (a cura di), Welfare locale e democrazia partecipativa, il Mulino, Bologna, 2008.

come di altri Paesi) del *débat public*[34], i vari *forum, consensus building, stakeholder involvement,* tavoli[35].

Si tratta di pratiche eterogenee accomunate, in primo luogo, dall'essere forme di partecipazione atipiche, e, in secondo luogo, dall'essere in qualche modo istituzionalizzate[36]: in tutte si riscontrano un coinvolgimento delle istituzioni e una formalizzazione da parte del diritto.

Tali elementi comuni conoscono quindi modulazioni differenti: il ruolo esercitato dalle istituzioni si configura come più attivo o passivo, a seconda, ad esempio, della nascita dall'alto o dal basso delle modalità di partecipazione; il recepimento nelle forme del diritto può essere rigido od elastico, prevedere un ambito locale[37] o nazionale, costituire una semplice sperimentazione, limitarsi ad istituire degli organi o delle sedi di confronto senza una configurazione formale precisa quanto ai loro poteri.

L'esperienza italiana – a livello statale – si configura allo stato essenzialmente come *top-down*[38]. Mi riferisco al dibattito pubblico sulle grandi opere[39], previsto dal codice appalti (decreto legislativo n.50 del 2016, art. 22); con la precisazione che, in senso lato, sono stati ricondotti alla democrazia partecipativa anche altri strumenti (come *in primis* le consultazioni)[40], alcuni dei quali, come l'accesso civico generalizzato, possono creare canali di comunicazione *bottom-up*[41] .

Il dibattito pubblico è un meccanismo dominato dalle istituzioni e, in specie,

---

34 Cfr. C. BLATRIX, L. BLONDIAUX, J.-M. FOURNIAU, B. HÉRIARD DUBREIL, R. LEFEBVRE, M. REVEL (dir.), Le débat public: une expérience française de démocratie partecipative, La Découverte, Paris, 2007; Y. MANSILLON, L'esperienza del «débat public» in Francia, in Dem. e dir., n. 3/2006; M. DELL'OMARINO, Il dibattito pubblico come strumento di democrazia partecipativa. Una breve indagine comparata in occasione della sua introduzione nell'ordinamento italiano, in Diritti comparati. Working Paper, n. 7/2017; C. LOMBARDI, A. LULLO, Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte), in Amministrazione in Cammino, 15 luglio 2018, pp. 15 ss.; sia consentito citare anche A. ALGOSTINO, Democrazia, rappresentanza, partecipazione, cit., pp. 204 ss.

35 Per una panoramica ampia in prospettiva comparata, oltre le opere già citate, cfr. M. H. BACQUÉ, H. REY, Y. SINTOMER (sous la direction de), Gestion de proximité et démocratie participative. Une perspective comparative, La Découverte, Paris, 2005, nonché A. FUNG, E. O. WRIGHT (edited by), Deepening Democracy. Institutional Innovations In Empowered Participatory Governance, Verso, London-New York, 2003; in senso ampio, si vedano altresì A. VALASTRO (a cura di), Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo, Jovene, Napoli, 2010; D. BOLOGNINO, G. C. DE MARTIN (a cura di), Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza, Cedam, Padova, 2010; A. RAMIREZ NÀRDIZ, Democracia participativa. La democracia participativa como profundización en la democracia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

36 Cfr. M. LUCIANI, Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, in L. CARLASSARE (a cura di), La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin, Cedam, Padova, 2004, p. 184); U. ALLEGRETTI, Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti, in Dem. e dir., n. 3/2006, p. 159.

37 Con la creazione di "diseguaglianze di/nella democrazia" sul territorio nazionale?

38 Cfr. G. DI GASPARE, Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, in Amministrazione In Cammino, 30 settembre 2017, p. 4, che rileva anche come, invece, a livello locale le procedure siano maggiormente bottom-up.

39 Per grandi opere, come precisa l'allegato 1 al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) n. 76 del 10 maggio 2018, si intende – citando senza pretesa di completezza ma a titolo esemplificativo – la realizzazione di autostrade o di tronchi ferroviari per un valore di investimento pari o superiore a 500 milioni di euro; porti e terminali marittimi per un valore di investimento superiore a 200 milioni di euro; elettrodotti aerei, con un tracciato di lunghezza superiore a 40 km; insediamenti industriali per investimenti complessivi superiori ai 300 milioni di euro; etc.

40 In senso ampio, sulle consultazioni pubbliche, cfr. P. MARSOCCI, Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare, in Rassegna Parlamentare, n. 1/2016, pp. 29 ss.; criticamente, in relazione alla consultazione nell'attività normativa del Governo, A. VALASTRO, Gli istituti di partecipazione, cit., pp. 77 ss.; per le consultazioni a livello statale, si ricorda inoltre l'adozione nel settembre 2017 (XVII legislatura) delle Linee guida per le consultazioni pubbliche promosse dal Senato della Repubblica.

41 Così S. FOÀ, La nuova trasparenza amministrativa, in Diritto amministrativo, n. 1/2017, spec. p. 92.

dall'esecutivo. Basti qui citare alcuni elementi: 1) il fatto che esso rappresenta meramente una tappa nel procedimento amministrativo[42]; 2) la composizione della Commissione nazionale per il dibattito pubblico (DPCM n. 76 del 2018)[43], che sostanzialmente è espressione delle amministrazioni centrali integrate con qualche rappresentanza delle amministrazioni locali, senza alcuna iniezione dal basso, dalla società civile[44]; 3) la gestione (l'indizione e la cura) del dibattito da parte dell'«amministrazione aggiudicatrice» o dell'«ente aggiudicatore» (in quest'ultimo caso, in ipotesi, anche un soggetto privato, il che, peraltro, oltre a non denotare un coinvolgimento dei cittadini, insinua dubbi sull'imparzialità della procedura)[45].

Nell'insieme "democrazia partecipativa" è poi da sottolineare la valenza differente di strumenti riconducibili alla "semplice" consultazione, con l'ulteriore tipizzazione in relazione al momento della consultazione (in specie, se preventiva o successiva rispetto al processo decisionale), e strumenti attinenti alla partecipazione alla decisione (si pensi all'eventuale valore vincolante attribuito, ad esempio, a scelte inerenti il bilancio partecipativo)[46].

La declinazione in forma "consultazione" *ictu oculi* pare carente di efficacia, nonché facilmente incline ad un utilizzo *ex parte principis*; mentre quella in forma "decisione" presenta inevitabili problemi di raccordo con la democrazia rappresentativa, ovvero *tout court* con l'eguaglianza politica. Ma riprenderemo dopo il discorso sulle ambiguità della democrazia partecipativa.

Nella concretizzazione italiana a livello statale del dibattito pubblico sulle grandi opere, è da valutare positivamente l'inserimento in una fase iniziale (peraltro in sede di DPCM e senza ulteriori specificazioni)[47] , in coerenza con quanto previsto nella Convenzione di Århus sulla partecipazione dei cittadini in materia ambientale del 1998 (ratificata con legge n. 108 del 2001) e nelle norme dell'Unione europea (direttiva n. 35 del 2003)[48] , lasciando così impregiudicata la realizzabilità di eventuali alternative all'opera, così come la sua stessa effettuazione[49]. È una

42 Sottolinea la contestualizzazione del dibattito all'interno del procedimento amministrativo, con una carenza nella garanzia della partecipazione anche ai sensi della legge n. 241 del 1990, G. DI GASPARE, Il dibattito pubblico, cit., p 6.

43 DPCM n. 76 del 2018, art. 4, c. 1 e 2.

44 Si domanda se il modello italiano non sia troppo legato alla pubblica amministrazione, U. ALLEGRETTI, Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere, in Rivista AIC, n. 3/2018, p. 470.

45 Si inserisce qui anche la questione inerente il gap, in termini di informazione e risorse, che può esserci fra le parti, con la sproporzione e gli ostacoli che ciò può determinare per una partecipazione effettiva (si pensi, ad esempio, ai costi per l'eventuale intervento di esperti).

46 In tema, si vedano U. ALLEGRETTI, Basi giuridiche, cit., p. 158; Id., Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione, cit., pp. 190-191; L. BOBBIO, Dilemmi della democrazia partecipativa, cit., pp. 22-23.

47 DPCM n. 76 del 2018, art. 5; in argomento, cfr. V. MANZETTI, Il "dibattito pubblico" nel nuovo codice contratti, in Federalismi.it, n. 5/2018, pp. 8-9; in senso ampio, sulla (eccessiva) genericità della disposizione legislativa, cfr. G. DI GASPARE, Il dibattito pubblico, cit. pp. 6-7; G. MANFREDI, Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby, in Urbanistica e appalti, n. 5/2018, p. 605.

48 Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, 1998 (legge di autorizzazione alla ratifica 16 marzo 2001, n. 108; direttiva 26 maggio 2003/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 maggio 2003), art. 6, c. 4.

49 In questo senso, U. ALLEGRETTI, Un caso di attuazione del principio costituzionale, cit., p. 466; si segna in tal modo la differenza rispetto a meccanismi simili, se pur ad hoc, utilizzati in precedenza, come l'Osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione (in tema, ci si permette di rinviare a A. ALGOSTINO, L'Osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione come case-study sulla democrazia e sul dissenso, in Costituzionalismo.it, n. 2/2009).

partecipazione i cui esiti – come precisa l'art. 22, co. 4, del D. Lgs. n. 50 del 2016 – vengono valutati in sede di progettazione definitiva e discussi in sede di conferenza di servizi, dunque non vincolante; il che colloca la forza della partecipazione su un piano, per così dire, deliberativo, ovvero relativo alla ragionevolezza delle proposte, obbligando l'amministrazione ad una (maggior) motivazione in ordine alle proprie scelte[50]. Si precisa che non si intende con quanto appena osservato criticare lo strumento *de quo* in quanto non dotato di potere decisionale: se così fosse infatti sorgerebbero complicazioni nel raccordo con la democrazia rappresentativa e si rischierebbe di attribuire scelte politiche ad una minoranza, dando vita ad una connotazione elitaria della partecipazione, in violazione del principio di eguaglianza politica e di sovranità popolare.

3. *Democrazia partecipativa fra istanze dal basso e mistificazioni*

Delineato – se pur sinteticamente – il campo di azione della democrazia partecipativa, l'interrogativo è: essa "democratizza" la democrazia?

Innanzitutto una premessa: quanto mai oggi, nell'era della *global economic governance*, si palesa la necessità di una democratizzazione della sfera economica, mentre – come detto – gli istituti previsti di democrazia partecipativa si inseriscono nel processo decisionale politico-istituzionale.

Ciò precisato, la domanda, se pur ristretta all'ambito istituzionale, resta: la democrazia partecipativa incrementa la "vitalità" della democrazia[51]? può costituire un aiuto per superare i limiti strutturali della democrazia rappresentativa, lo stato di asfissia nel quale essa versa, magari realizzando qualcuna delle sue "promesse non mantenute" (Bobbio)[52]?

La democrazia spicca – osserva Alfio Mastropaolo – «per la sua smisurata ambizione» e, insieme, per la sua imperfezione, il suo essere «un intrico di conquiste», ma anche di cadute e «drammatiche smentite»[53]. Nell'incompiutezza e, come tutti i fatti umani, reversibilità, della democrazia, la sua declinazione «partecipativa» si inserisce con luci ed ombre.

Le luci: riconoscimento e sviluppo di una cittadinanza attiva, ovvero *empowerment*

50 Nel DPCM n. 76 del 2018, si precisa che l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore devono evidenziare, nel dossier conclusivo, «le ragioni che hanno condotto a non accogliere eventuali proposte» (art. 7, c. 1, lett. d)).

51 Si veda, ad esempio, L. BLONDIAUX, Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative, Seuil, Paris, 2008, che, dopo aver analizzato alcune esperienze di democrazie partecipativa contemporanea concludendo con un giudizio «nuancé», propone «les conditions d'une véritable démocratisation de la répresentation par la participation» (p. 101), ovvero le condizioni alle quali i regimi rappresentativi esistenti «meritént effectivement le nom de «démocratie»» (p. 11); in particolare Blondiaux individua tali condizioni in: «prendre au sérieux les formes matérielles de la discussion», «encourager l'émergence de puovoirs neutres», «promouvoir une constitution démocratique mixte», «jouer sur la complémentarité des dispositifs», «repenser la relation à la décision», «réaffirmer sans cesse l'idéal d'inclusion» (pp. 101 ss.).

52 N. BOBBIO, Il futuro della democrazia, Einaudi, Torino, 1983.

53 A. MASTROPAOLO, La democrazia è una causa persa? Paradossi di una invenzione imperfetta, Bollati Boringhieri, Torino, 2011, pp. 7, 13.

deicittadini[54] , nel segno dell'art. 3, co. 2, Cost.; riduzione delle distanze fra chi decide e chi è soggetto alla decisione, con un inveramento della sovranità popolare; possibilità di migliorare qualitativamente le scelte politiche (attraverso il confronto tra saperi e visioni differenti) [55]; maggiore efficienza ed efficacia della decisione (ma qui siamo già in una zona di *nuances* chiaroscure).

Sono – quelli elencati – possibili effettivi positivi della democrazia partecipativa che, da un lato, si manifestano in direzione della democrazia rappresentativa, innervandola di partecipazione[56]; dall'altro, si incontrano nella relazione con la democrazia dal basso, che può trovare luoghi di comunicazione con le istituzioni nei quali far valere istanze che faticano a trovare ascolto nelle sedi tradizionali.

Ma veniamo alle ombre, procedendo per punti.

1. In primo luogo, in questione è la possibilità che la democrazia partecipativa crei nuovi luoghi di espressione di rivendicazioni sociali[57] e del pluralismo, dando voce al dissenso e rafforzando il progetto di emancipazione individuale e collettiva[58]; che rappresenti, in altri termini, un piccolo passo in funzione contro-egemonica rispetto alla pervasività e prepotenza del finanzcapitalismo[59]. Il rischio è che le potenzialità si risolvano all'opposto in una sussunzione e un assorbimento delle istanze di rivendicazione e inclusione: non emancipazione e nuovi spazi di manifestazione del dissenso ma cooptazione e assimilazione[60].

Quanto, ad esempio, il bilancio partecipativo rende i cittadini protagonisti nel cammino verso la "libertà dal bisogno" e quanto, invece, li inganna, imputando a loro stessi la scelta – presentata come ineludibile – fra quale bisogno sarà soddisfatto e quale no?

Gli strumenti di partecipazione possono trasfigurarsi in strumenti di "imposizione dolce"[61], per sostituire – ma solo nella forma – il ricorso alla coercizione (che, in verità, lungi dallo scomparire è incrementato nell'*incipit* del XXI secolo attraverso le misure repressive

54 «Une citoyenneté plus directement active, et plus largement à un accroissement de l'autonomie des individus dans toutes les sphères de leur existence», per dirlo con le parole di P. ROSANVALLON, La légitimité démocratique, cit., p. 322, che rileva come la riappropriazione sociale della politica costituisce l'immaginario che collega fra loro la teoria di Proudhon, l'esperienza della Comune di Parigi o dei movimenti consiliari degli anni 1918-1920, i progetti di democrazia industriale fra le due guerre e le iniziative dei cittadini degli anni Sessanta.

55 Ragiona di necessità di integrare il sapere politico ed esperto con «le conoscenze esperienziali di chi abita e vive i territori», A. VALASTRO, Gli istituti di partecipazione, cit., p. 41, pp. 70-71.

56 Cfr. G. COTTURRI, La democrazia partecipativa, in Dem. e dir., n. 1/2005, pp. 27 ss.; M. DELLA MORTE, Rappresentanza vs. partecipazione, cit., spec. pp. 32 ss.

57 Cfr. U. ALLEGRETTI, Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa, in Dem. e dir., n. 3/2006, p. 13, che rileva il legame privilegiato fra i processi di democrazia partecipativa e «finalità redistributive e di giustizia sociale».

58 B. DE SOUSA SANTOS, L. AVRITZER, Per un ampliamento del canone democratico, in B. DE SOUSA SANTOS (a cura di), Democratizzare la democrazia, cit., p. 32, considerano la democrazia partecipativa uno dei «campi sociali e politici in cui, all'inizio del nuovo secolo, si sta reinventando l'emancipazione sociale», attraverso la proposizione di una concezione non egemonica della democrazia (ovvero non identificabile con il modello di «democrazia rappresentativa elitista», p. 22).

59 L. GALLINO, Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi, Einaudi, Torino, 2011.

60 Su «èlites escludenti», «cooptazione» e «integrazione», si legga B. DE SOUSA SANTOS, L. AVRITZER, Per un ampliamento, cit., p. 37.

61 A. MASTROPAOLO, La democrazia è una causa persa?, cit., p. 334, evidenzia il rischio che le consultazioni siano utilizzate «per mobilitare selettivamente un pubblico circoscritto di cittadini, magari sottraendolo ad altre forme di azione politica e sviandone a proprio vantaggio il potenziale di partecipazione e di protesta».

del dissenso contenute nella legislazione in tema di sicurezza); non rappresentare, dunque, un luogo di espressione dei conflitti, ma una procedura per anestetizzare i conflitti.

Si legga quanto osserva la Corte costituzionale, che, pronunciandosi sul dibattito pubblico (in una questione riguardante la legge sul tema della Regione Puglia), lo definisce «una fondamentale tappa nel cammino della cultura della partecipazione», un modello di confronto fra la pubblica amministrazione e i soggetti interessati, sottolineando come esso alimenti il dialogo, così da far «emergere eventuali più soddisfacenti soluzioni progettuali» e da disinnescare il conflitto «potenzialmente implicito in qualsiasi intervento che abbia impatto significativo sul territorio»[62] . Non dovrebbe ragionarsi più che di prevenzione e disattivazione del conflitto, del suo riconoscimento ed espressione[63]? Non è che interessa, più che favorire la partecipazione, "sgombrare il campo" da potenziali oppositori?

A proposito del dibattito pubblico è stato scritto: «lo svolgimento di un dibattito pubblico consente di prevenire o limitare il c.d. fenomeno Nimby… ossia la contrarietà alla suddetta realizzazione da parte dei soggetti che abitano vicino al luogo dove l'opera dovrebbe venir costruita»[64] . Ora, si può obiettare sia che anche le rivendicazioni Nimby hanno diritto di cittadinanza sia che la lettura presentata è semplicistica: i movimenti territoriali molto spesso veicolano non tanto interessi localistici, bensì visioni del mondo differenti, che, in un contesto democratico, devono avere uno spazio politico nel quale manifestarsi[65]. Altra studiosa pare maggiormente consapevole dell'ampiezza dello scontro presente nei conflitti ambientali, che vengono visti come «caratterizzati da veri e propri conflitti sociali, economici e culturali»[66] , ma inserisce tale considerazione come argomentazione a sostegno dell'utilità del dibattito pubblico nel prevenire tali conflitti, evitando «di ritardare o addirittura di "bloccare" la realizzazione di opere necessarie allo sviluppo e alla ripresa economica»[67]. Si assume come un dato scontato e inoppugnabile il modello sviluppista, nonché l'univocità delle sue estrinsecazioni, e si sottintende che la presenza di opposizioni non costituisce un arricchimento bensì un ostacolo.

La "strumentalizzazione" può avvenire quando la democrazia partecipativa nasca spontaneamente, dal basso, ma più facilmente si manifesta nelle sue forme dall'alto[68] , quando

62 Corte costituzionale, sent. n. 235 del 2018, Cons. dir., par. 6.1; per un primo commento, cfr. P. VIPIANA, Il dibattito pubblico per la prima volta al vaglio della Corte costituzionale, in Forum di Quaderni costituzionali, 25 marzo 2019.

63 Sul legame fra democrazia e conflitto, cfr., per tutti, G. AZZARITI, Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale, Laterza, Roma-Bari, 2010.

64 P. VIPIANA, Il dibattito pubblico, cit., p. 1.

65 A. ALGOSTINO, I movimenti territoriali: una nuova manifestazione del conflitto sociale?, in Parolechiave, 60, Voice, dicembre 2018, pp. 35-47.

66 Una consapevolezza della natura complessa delle opposizioni alle grandi opere è in A. AVERARDI, La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del «dibattito pubblico», in Munus, n. 1/2018, pp. 129 ss.

67 V. MANZETTI, Il "dibattito pubblico", cit., p. 4.

68 Cfr. le preoccupazioni espresse anche da chi tendenzialmente valuta con favore l'incremento delle ipotesi di democrazia partecipativa, come L. BOBBIO, Dilemmi della democrazia partecipativa, cit., p. 20; come già accennato, sottolinea «i benefici», ma non dimentica anche i «rischi» della democrazia partecipativa, U. ALLEGRETTI, Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione, cit., p. 183; Id., Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia, cit., pp. 28-29; similmente, mette in luce gli elementi di forza e di debolezza della democrazia partecipativa, L. BLONDIAUX, Le nouvel esprit de la démocratie, cit.

la volontà manipolatrice può esserne un elemento strutturale[69].

2. Si affaccia la seconda ombra. Oltre ad evitare il dissenso, la democrazia partecipativa può rappresentare un'ottima operazione di *marketing*, di strategia di vendita di politiche e decisioni[70]. Nel libro bianco dell'Unione europea, intitolato *La governance europea*[71] , si rileva come la «partecipazione» tende soprattutto a superare il «sentimento di estraneità rispetto all'azione dell'Unione», che hanno «numerosi Europei», aumentando «la fiducia nel risultato finale e nelle istituzioni da cui emanano» le politiche dell'Unione. Nulla togliendo alle esigenze di miglior comunicazione e informazione, il nodo centrale non dovrebbe essere la ricezione delle istanze provenienti dai cittadini?

Convincere della democrazia o essere democrazia?

Come osserva Alessandra Valastro, a proposito delle riforme costituzionali, ma il discorso può essere esteso, la partecipazione appare «terreno appetibile per alzare il tiro della retorica illudente o mendace»[72].

Non solo: l'operazione pubblicitaria che si può giocare sulla democrazia partecipativa, può avere come effetto collaterale anche quello di assestare un (altro) colpo ad una democrazia rappresentativa in crisi, denigrandola, attraverso una presentazione a *contrario* delle virtù della "partecipazione diretta"[73]. Per tacere del fatto, che, spostandosi su un piano sostanziale, in tal modo, da un lato, si svuota ulteriormente il circuito politico-rappresentativo parlamentare, già indebolito dal processo di verticalizzazione del potere nell'esecutivo; dall'altro, si crea una contrapposizione, in chiave plebiscitaria, fra popolo e Parlamento. In questo senso, appare emblematica, nel segno della delegittimazione del Parlamento, la congiunzione fra riduzione del numero dei parlamentari e riforma in discussione dell'art. 71 Cost.[74] .

3. Terza ombra. Un ossimoro: l'immagine della democrazia oligarchica o elitaria[75]. Nonostante si insista sulla natura inclusiva della democrazia partecipativa[76], sul fatto che essa accordi la partecipazione a tutti e, in particolare, come in molti casi intenda privilegiare interessi

69 Cfr. in tema le considerazioni di C. CROUCH, Postdemocrazia, Laterza, Roma-Bari, 2003 cit., p. 28, a proposito dei focus group politici.

70 CFr. B. DE SOUSA SANTOS, L. AVRITZER, Per un ampliamento, cit., p. 40. G. COTTURRI, La democrazia partecipativa, cit., p. 32, evidenzia fra gli esiti (positivi) della democrazia partecipativa l'assunzione di responsabilità e, parallelamente, l'accettazione anche di sacrifici, sottolineando come essa «abitua alla necessaria commisurazione tra risorse e bisogni»: è cinico e fuorviante interpretare meno positivamente quanto osservato da Cotturri, ovvero, pensare che attraverso la parvenza di una decisione propria la democrazia partecipativa (alcune forme di) abitua a non contestare scelte politiche preconfezionate miranti a smantellare lo Stato sociale?

71 Commissione delle Comunità Europee, Bruxelles, 5.8.2001 (COM (2001) 428 definitivo/2).

72 A. VALASTRO, Gli istituti di partecipazione, cit., p. 40.

73 Si vedano, in merito, le suggestioni sul rapporto fra società civile, governance e Stato, di A. DENEAULT, «Gouvernance». Le management totalitaire, 2013, trad. it. Governance. Il management totalitario, Neri Pozza, Vicenza, 2018, spec. pp. 27 ss.

74 Sui rischi dell'iniziativa legislativa popolare rafforzata, si vedano, fra gli altri, M. LUCIANI, "Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale", intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1 marzo 2019, in Osservatorio costituzionale, n. 1-2/2019; A. ANZON DEMMIG, L'iniziativa legislativa popolare "indiretta" (c.d. referendum propositivo) nel progetto di legge costituzionale in itinere, in Forum Quad. Cost., 22 marzo 2019; A. MORRONE, L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?, in Federalismi.it, n. 23/2018.

75 In proposito, si può richiamare anche la democrazia ateniese (L. CANFORA, La democrazia. Storia di un'ideologia, Laterza, Roma-Bari, 2004, spec. pp. 31 ss.).

76 Cfr. U. ALLEGRETTI, La democrazia partecipativa in Italia e in Europa, cit., pp. 8-9.

o posizioni "deboli"[77] (potendosi in tal caso – si può aggiungere – ragionare di "disuguaglianza" inscritta nella prospettiva dell'eguaglianza sostanziale), nessuno dei vari meccanismi utilizzati per scegliere i partecipanti ad una pratica di democrazia partecipativa è in grado di ovviare al rischio di creare ipoteticamente una "democrazia perfetta", ma per pochi[78], ovvero di scivolare verso forme oligarchiche ed elitarie di "governo dei migliori". Si profila il rischio, ed il discorso si può estendere, più ampiamente, alla retorica della società civile, che negli strumenti di democrazia partecipativa si annidi un approccio antiegualitario, ovvero si tratti di una partecipazione, per così dire, "*radical-chic*", e, dunque, non si produca, ad esempio, una effettiva emancipazione dei ceti più svantaggiati, ma si possa instaurare una forma più raffinata di esclusione, magari nel loro nome.

4. Quarta ombra: lo spettro del "cittadino totale"[79] , di una partecipazione monopolizzante, in un orizzonte in cui gli individui sono asserviti all'interesse, artificialmente presentato come univoco, della *polis*. E il "cittadino totale" – citando Bobbio – «non è a ben guardare che l'altra faccia non meno minacciosa dello stato totale»[80] .

5. Quinta ombra: l'atomizzazione, delle persone e degli interessi. Da un lato, il rischio è di implementare la costruzione di una società civile composta da tanti singoli[81], nella logica dell'individuo imprenditore di se stesso[82], alimentando la *vulgata* del superamento delle classi sociali[83] e disperdendo la forza delle organizzazioni collettive; dall'altro, il pericolo è la frammentazione degli interessi e degli interventi, con l'abbandono dell'orizzonte della scelta politica capace di situare i singoli interessi settoriali all'interno di una visione del mondo.

4. *Osservazioni conclusive tra immaginazione e realtà*

Venendo alle conclusioni, vorrei riprendere in particolare un punto, nella prospettiva di una demistificazione costruttiva, attenta alla configurazione reale dei rapporti di forza, ma

77 U. ALLEGRETTI, Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione, cit., pp. 188-189.

78 Sul paradosso per cui la democrazia partecipativa «ambisce a includere tutti, ma – di fatto – riesce a coinvolgere concretamente solo qualcuno», vedi L. BOBBIO, Dilemmi della democrazia partecipativa, cit., pp. 14 ss., il quale analizza criticamente i metodi più utilizzati per democratizzarla (la porta aperta, il microcosmo come punti di vista e il microcosmo come campione casuale).

79 R. DAHRENDORF, Cittadini e partecipazione: al di là della democrazia rappresentativa?, in Il cittadino totale. Partecipazione, eguaglianza e libertà nelle democrazie d'oggi, Biblioteca della Libertà, Torino, 1977, pp. 33 ss.

80 N. BOBBIO, Il futuro della democrazia, cit., p. 35: «il cittadino totale e lo stato totale sono le due facce della stessa medaglia, perché hanno in comune, se pur una volta considerato dal punto di vista del popolo, l'altra volta dal punto di vista del principe, lo stesso principio: che tutto è politica, ovvero la riduzione di tutti gli interessi umani agli interessi della polis, la politicizzazione integrale dell'uomo…».

81 Come osserva M. MANETTI, Costituzione, partecipazione democratica, populismo, cit., p. 385, «andrebbe considerata la possibilità che l'espansione virtualmente illimitata dei diritti individuali abbia rappresentato un risvolto del progetto neo-liberale, dove le istanze di partecipazione alla vita politica, ovvero di ricerca della felicità collettiva, sarebbero state incanalate verso la felicità individuale».

82 Interessanti considerazioni in merito, e ulteriori rinvii bibliografici, sono in F. PIZZOLATO, Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà, in Costituzionalismo.it, n. 3/2017.

83 Sull'esistenza delle classi sociali, nonostante l'oscuramento da parte dei maître à penser dominanti, o la loro minore visibilità (ovvero, in termini marxisti, la loro esistenza in sé ma non per sé), si vedano L. GALLINO, La lotta di classe dopo la lotta di classe, intervista a cura di P. BORGNA, Laterza, Roma-Bari, 2012; M. TRONTI, Lavoro, in Democrazia e diritto, nn. 1-2/2012, pp. 10-11; J. HOLLOWAY, Che fine ha fatto la lotta di classe?, manifestolibri, Roma, 2007; D. LOSURDO, La lotta di classe. Una storia politica e filosofica, Laterza, Roma-Bari, 2013.

nello stesso tempo aperta ad una fantasia proiettata verso il futuro. Mi pare che centrale sia la considerazione di quanto la democrazia partecipativa sia vicina alle possibilità di espressione del dissenso e del conflitto e quanto all'efficacia del comando e ad una concertazione-cooptazione.

Se, concretizzando il discorso in relazione all'istituto che, per antonomasia, impersonifica la democrazia partecipativa a livello statale, «la finalità del dibattito pubblico è quella di democratizzare e legittimare la decisione a venire, in modo che, seppure non accettata da tutti, risulti accettabile, perché tutti sono stati ascoltati» (Mansillon)[84], non si può che dubitare dello strumento: è un arricchimento della democrazia prevenire la formazione di dissenso attraverso un ascolto incanalato e finalizzato all'accettabilità di una decisione?

Si riducono gli spazi di discussione nella democrazia rappresentativa, sempre più auto-referenziale e allo stesso tempo etero-diretta[85] , e si aprono spazi di consultazione e concertazione: come non pensare ad un loro utilizzo in chiave plebiscitaria? Alla creazione di una – utilizzando l'espressione di Marcuse – «confortevole, levigata, ragionevole, democratica non-libertà»[86]?

Per una partecipativa *effettiva* si rivela essenziale la sua configurazione in senso contro-egemonico, come spazio per il conflitto, e, in questa prospettiva, è fondamentale immaginare strumenti di partecipazione che agiscano, per aprire almeno qualche piccola crepa nell'egemonia del neoliberismo, nella sfera dell'economia, coniugando, per ragionare nei termini della Costituzione italiana, una ri-vitalizzazione dell'articolo 41 (con la possibilità di limitare nonché di indirizzare e coordinare l'iniziativa economica privata) a concretizzazioni degli articoli 43 e 46 (che aprono a prospettive di nazionalizzazioni, di collaborazione dei lavoratori e di affidamenti di imprese a comunità di lavoratori e cittadini), nell'orizzonte dell'art. 3, co. 2[87]. Non è solo teoria: vi è l'esempio concreto delle fabbriche recuperate e autogestite, ma anche tentativi come quello di ri-pubblicizzare l'acqua, prevedendo nelle strutture di gestione forme di partecipazione dei cittadini, che si affianchino, collaborando e non surrogandolo, al circuito rappresentativo degli enti locali.

Infine, un'ultima precisazione, perché gli strumenti di democrazia partecipativa sfuggano alle ombre e consentano, come propone Eduardo Galeano, di "delirar por un ratito" e "adivinar otro mundo posible"[88] , è essenziale il ruolo della democrazia dal basso, dei movimenti sociali, dell'associazionismo, ovvero dei soggetti che oggi si stanno facendo carico del progetto di attuazione della Costituzione[89], rivendicando emancipazione e "essendo" emancipazione, nel

84 Y. MANSILLON, L'esperienza del «débat public», cit., p. 107.

85 Il riferimento è all'influenza delle decisioni assunte altrove, in specie nella nebulosa della global economic governance.

86 Così l'incipit di H. MARCUSE, One-Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society, Beacon Press, Boston, 1964, trad. it. L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata, Einaudi, Torino, 1999, p. 15.

87 Sulla riconduzione degli strumenti partecipativi all'attuazione costituzionale, cfr. A. VALASTRO, Gli istituti di partecipazione, cit., p. 74.

88 E. GALEANO, El derecho al delirio, 1998 ((pubblicato in Patas arriba. La escuela del mundo al revés, Siglo XXI, Madrid, 1998).

89 In argomento, ci si permette di rinviare a A. ALGOSTINO, Settant'anni di "uso" della Costituzione: da patto sociale a progetto alternativo? Brevi note per un contributo al seminario di Costituzionalismo.it, in Costituzionalismo.it, n. 2/2018, pp. 123 ss.

segno di quella che Abensour definisce "democrazia insorgente"[90].

La convivenza fra le varie forme della democrazia (rappresentativa, diretta, partecipativa, dal basso), attraverso la complementarietà dei processi di intermediazione e composizione politico-partitica, dei canali istituzionali di partecipazione e dei fenomeni di auto-organizzazione, può dare una nuova linfa al costituzionalismo, nel suo tentativo di limitare il potere nel nome della persona e dei suoi bisogni, edificando una casa rispettosa del pluralismo.

Riferimenti bibliografici

ABENSOUR, M., La Démocratie contre l'État. Marx et le moment machiavélien, 2004, trad. it. La democrazia contro lo Stato. Marx e il momento machiavelliano, Cronopio, Napoli, 2008.

ALGOSTINO, A., Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav, Jovene, Napoli, 2011.

_____, I movimenti territoriali: una nuova manifestazione del conflitto sociale?, in Parolechiave, 60, Voice, dicembre 2018.

_____, L'Osservatorio per il collegamento ferroviario Torino-Lione come case-study sulla democrazia e sul dissenso, in Costituzionalismo.it, n. 2/2009.

_____, Settant'anni di "uso" della Costituzione: da patto sociale a progetto alternativo? Brevi note per un contributo al seminario di Costituzionalismo.it, in Costituzionalismo.it, n. 2/2018.

ALLEGRETTI, G., L'insegnamento di Porto Alegre. Autoprogettualità come paradigma urbano, Alinea, Firenze, 2003; M. GRET, Y. SINTOMER, The Porto Alegre Experiment. Learning Lessons for Better Democracy, Zed Books, London, 2005.

_____, Politiche di partecipazione in Venezuela: l'inizio di un percorso di statuizione normativa, in Dem. e dir., n. 4/2006.

_____, Basi giuridiche della democrazia partecipativa in Italia: alcuni orientamenti, in Dem. e dir., n. 3/2006.

_____, Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione, in Dem. e dir., n. 2/2008.

_____, Democrazia partecipativa: un contributo alla democratizzazione della democrazia, in ID. (a cura di), Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa, Firenze University Press, Firenze, 2010.

_____, Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche

90 Cfr. M. ABENSOUR, La Démocratie contre l'État. Marx et le moment machiavélien, 2004, trad. it. La democrazia contro lo Stato. Marx e il momento machiavelliano, Cronopio, Napoli, 2008.

partecipative in Italia, in Rivista AIC, n. 1/2011.

_____, Il Movimento internazionale come attore costituzionale, in Dem. e dir., n. 1/2004.

_____, La democrazia partecipativa in Italia e in Europa, in Rivista AIC, n. 1/2011.

_____, Un caso di attuazione del principio costituzionale di partecipazione: il regolamento del dibattito pubblico sulle grandi opere, in Rivista AIC, n. 3/2018.

_____, Verso una nuova forma di democrazia: la democrazia partecipativa, in Dem. e dir., n. 3/2006.

ANZON DEMMIG, A., L'iniziativa legislativa popolare "indiretta" (c.d. referendum propositivo) nel progetto di legge costituzionale in itinere, in Forum Quad. Cost., 22 marzo 2019.

ARIENZO, A., Dalla corporate governance alla categoria politica di governance, in G. BORRELLI (a cura di), Governance, Dante&Descartes, Napoli, 2004.

AVERARDI, A., La decisione amministrativa tra dissenso e partecipazione. Le ragioni del «dibattito pubblico», in Munus, n. 1/2018.

AVRITZER, L., Modelli di deliberazione democratica: un'analisi del bilancio partecipativo, in B. DE SOUSA SANTOS (a cura di), Democratizzare la democrazia. I percorsi della democrazia partecipativa, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2003.

AZZARITI, G., Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali, in Costituzionalismo.it, n. 3/2009.

AZZARITI, G., Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale, Laterza, Roma-Bari, 2010.

BACQUÉ, M. H., REY, H., SINTOMER, Y. (sous la direction de), Gestion de proximité et démocratie participative. Une perspective comparative, La Découverte, Paris, 2005.

BASSO, L., Per uno sviluppo democratico nell'ordinamento costituzionale italiano, in Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente, v. IV: Aspetti del sistema costituzionale, Firenze, 1969.

BIFULCO, P., Democrazia deliberativa e principio di realtà, in Federalismi.it, n. 1/2017.

BLATRIX, C., BLONDIAUX, L., FOURNIAU, J.-M., HÉRIARD DUBREIL, B., LEFEBVRE, R., REVEL, M. (dir.), Le débat public: une expérience française de démocratie partecipative, La Découverte, Paris, 2007.

BLONDIAUX, L., Le nouvel esprit de la démocratie. Actualité de la démocratie participative, Seuil, Paris, 2008.

BOBBIO, L., Dilemmi della democrazia partecipativa, in Dem. e dir., n. 4/2006.

BOBBIO, N., Il futuro della democrazia, Einaudi, Torino, 1983.

BOLOGNINO, D., DE MARTIN, G. C. (a cura di), Democrazia partecipativa e nuove prospettive della cittadinanza, Cedam, Padova, 2010.

BOSETTI, G., MAFFETTONE, S. (a cura di), Democrazia deliberativa: cosa è, Luiss University Press, Roma, 2004.

BRECHER, J., T. COSTELLO, B. SMITH, Globalization from Below. The Power of Solidarity, 2000, trad. it. Come farsi un movimento globale. La costruzione della democrazia dal basso, DeriveApprodi, Roma, 2001.

CANFORA, L., La democrazia. Storia di un'ideologia, Laterza, Roma-Bari, 2004.

CARAVITA, B., Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione, Padova, 1984.

COHEN, J., Deliberation and Democratic Legitimacy, in A. HAMLIN, P. PETTIT (eds.), The Good Polity. Normative Analysis of the State, Blackwell, Oxford, 1989.

COTTURRI, G., La democrazia partecipativa, in Dem. e dir., n. 1/2005.

CRISAFULLI, V., La sovranità popolare nella Costituzione italiana, in Rassegna Giuliana di Diritto e Giurisprudenza, 1954.

CROUCH, C., Postdemocrazia, Laterza, Roma-Bari, 2003.

CUDIA, C., La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque è interessato, in Dir. pubbl., n. 2008/1.

D'ALBERGO, S., Dalla democrazia sociale alla democrazia costituzionale (un percorso dell'ideologia giuridica), in Costituzionalismo.it, n. 3/2005.

DAHRENDORF, R., Cittadini e partecipazione: al di là della democrazia rappresentativa?, in Il cittadino totale. Partecipazione, eguaglianza e libertà nelle democrazie d'oggi, Biblioteca della Libertà, Torino, 1977.

DE SOUSA SANTOS, B., Il bilancio partecipativo a Porto Alegre: per una democrazia redistributiva, in B. De Sousa Santos (a cura di), Democratizzare la democrazia. I percorsi della democrazia partecipativa, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2003.

DE SOUSA SANTOS, B., AVRITZER, L., Per un ampliamento del canone democratico, in B. DE SOUSA SANTOS (a cura di), Democratizzare la democrazia. I percorsi della democrazia partecipativa, Città Aperta Edizioni, Troina (En), 2003.

DELL'OMARINO, M., Il dibattito pubblico come strumento di democrazia partecipativa. Una breve indagine comparata in occasione della sua introduzione nell'ordinamento italiano, in Diritti comparati. Working Paper, n. 7/2017.

DELLA MORTE, M., Rappresentanza vs. partecipazione? L'equilibrio costituzionale e la sua crisi, FrancoAngeli, Milano, 2012.

DENEAULT, A., «Gouvernance». Le management totalitaire, 2013, trad. it. Governance.

Il management totalitario, Neri Pozza, Vicenza, 2018.

DEPLANO, G. (a cura di), Partecipazione e comunicazione nelle nuove forme del piano urbanistico, Edicom, Monfalcone (GO), 2009.

DI GASPARE, G., Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, in Amministrazione In Cammino, 30 settembre 2017.

DOGLIANI, M., GIORGI, C., Costituzione italiana: art. 3, Carocci, Roma, 2017.

ELSTER, J. (a cura di), Deliberative democracy, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

FERRAJOLI, L., Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 2. Teoria della democrazia, Laterza, Roma.Bari, 2007.

FERRARA, G., La crisi del neoliberismo e della governabilità coatta, in Costituzionalismo. it, n. 1/2013.

_____, La sovranità popolare e le sue forme, in S. LABRIOLA (a cura di), Valori e principi del regime repubblicano, 1.I Sovranità e democrazia, Laterza, Roma-Bari, 2006.

FERRARESE, M. R., La governance tra politica e diritto, il Mulino, Bologna, 2010.

FISHKIN, J., LASLETT, P. (a cura di), Debating Deliberative Democracy, Wiley-Blackwell, 2003.

FLORIDIA, A., Un'idea deliberativa della democrazia. Genealogia e principi, il mulino, Bologna, 2017.

FOÀ, S., La nuova trasparenza amministrativa, in Diritto amministrativo, n. 1/2017.

FUNG, A., WRIGHT, E. O. (edited by), Deepening Democracy. Institutional Innovations In Empowered Participatory Governance, Verso, London-New York, 2003.

GALLINO, L., Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi, Einaudi, Torino, 2011.

_____, La lotta di classe dopo la lotta di classe, intervista a cura di P. BORGNA, Laterza, Roma-Bari, 2012.

GUTMANN, A., THOMPSON, D., Why Deliberative Democracy?, Princeton University Press, Princeton, 2004.

HABERMAS, J., Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, trad. it. Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia, a cura di L. Ceppa, Guerini e Associati, Milano, 1996.

HELD, D., Models of Democracy, 1996, trad. it. Modelli di democrazia, il Mulino, Bologna, 1997.

HOLLOWAY, J., Che fine ha fatto la lotta di classe?, manifestolibri, Roma, 2007.

LOMBARDI, C., LULLO, A., Il dibattito pubblico quale strumento di democrazia partecipativa (evoluzione e stato dell'arte), in Amministrazione in Cammino, 15 luglio 2018.

LOSURDO, D., La lotta di classe. Una storia politica e filosofica, Laterza, Roma-Bari, 2013.

LUCIANI, M., "Iniziativa legislativa e referendum, le proposte di revisione costituzionale", intervento alla Tavola Rotonda AIC, Roma, 1 marzo 2019, in Osservatorio costituzionale, n. 1-2/2019.

_____, Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa, in L. CARLASSARE (a cura di), La sovranità popolare nel pensiero di Esposito, Crisafulli, Paladin, Cedam, Padova, 2004.

_____, Radici e conseguenze della scelta repubblicana di fondare la Repubblica democratica sul lavoro, in ADL – Argomenti dir. lavoro, 3/2010.

LUXEMBURG, R., La rivoluzione russa, 1918.

MANETTI, M., Costituzione, partecipazione democratica, populismo, in Rivista AIC, n. 3/2018.

MANFREDI, G., Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby, in Urbanistica e appalti, n. 5/2018.

MANSILLON, Y., L'esperienza del «débat public» in Francia, in Dem. e dir., n. 3/2006.

MANZETTI, V., Il "dibattito pubblico" nel nuovo codice contratti, in Federalismi.it, n. 5/2018.

MARSOCCI, P., Consultazioni pubbliche e partecipazione popolare, in Rassegna Parlamentare, n. 1/2016.

MARTINES, T., Art. 56-58, in G. BRANCA (a cura di), Commentario della Costituzione, Le Camere, Tomo I, Bologna-Roma, 1984.

MASTROPAOLO, A., La democrazia è una causa persa? Paradossi di una invenzione imperfetta, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

MESSINA, G., Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto, Franco Angeli, Milano, 2012.

MORRONE, A., L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?, in Federalismi.it, n. 23/2018.

MORTATI, C., Art. 1, in G. BRANCA (a cura di), Commentario della Costituzione, Principi fondamentali, Bologna-Roma, 1957.

_____, Istituzioni di diritto pubblico, I, X ed. rielaborata ed aggiornata a cura di F. Modugno, A. Baldassarre e C. Mezzanotte, Cedam, Padova, 1991.

NOCILLA, D., Popolo (dir. cost.), in Enc. dir., XXXIV, Giuffrè, Milano, 1985.

PACI, M. (a cura di), Welfare locale e democrazia partecipativa, il Mulino, Bologna, 2008.

PATEMAN, C., Participation and democratic theory, Cambridge University Press, 1970.

PECORIELLO, A. L., RISPOLI, F., Pratiche di democrazia partecipativa in Italia, in Dem. e dir., n. 3/2006.

PICCHI, M., Il diritto di partecipazione: note preliminari (per l'effettività dei diritti sociali), nella rivista del Gruppo di Pisa, n. 3/2012.

PICCIONE, D., Presidenzialismo e democrazia partecipativa nella Costituzione bolivariana del Venezuela, in Dir. pubbl. comp. ed europeo, n. 2005-I.

PIZZOLATO, F., Mutazioni del potere economico e nuove immagini della libertà, in Costituzionalismo.it, n. 3/2017.

RAMIREZ NÀRDIZ, A., Democracia participativa. La democracia participativa como profundización en la democracia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

RÖECKE, A., SINTOMER, Y., Estrazione a sorte e democrazia partecipativa: riflessioni sugli esiti delle giurie civiche berlinesi, in Dem. e dir., n. 3/2006.

ROSANVALLON, P., La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité, Seuil, Paris, 2008.

SINTOMER, Y., ALLEGRETTI, G., I bilanci partecipativi in Europa. Nuove esperienze democratiche nel nuovo continente, Ediesse, Roma, 2009.

SINTOMER, Y., HERZBERG, C., RÖECKE, A., Les budgets participatifs en Europe, La Découverte, Paris, 2008.

SUNSTEIN, C. R., Designing Democracy. What Constitutions Do, Oxford University Press, 2001, trad. it. A cosa servono le Costituzioni. Dissenso politico e democrazia deliberativa, il Mulino, Bologna, 2009.

TOSATO, E., Sovranità del popolo e sovranità dello Stato, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1957.

TRONTI, M., Lavoro, in Democrazia e diritto, nn. 1-2/2012.

VALASTRO, A., (a cura di), Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un metodo di governo, Jovene, Napoli, 2010.

_____, Gli istituti di partecipazione fra retorica delle riforme e umiltà dell'attuazione, in Costitutizonalismo.it, n. 1/2017.

VIPIANA, P., Il dibattito pubblico per la prima volta al vaglio della Corte costituzionale, in Forum di Quaderni costituzionali, 25 marzo 2019.

SOBRE A AUTORA:

Alessandra Algostino é doutora em Direito pela Università degli Studi di Ferrara e professora de Direito Constitucional da Università degli Studi di Torino. É autora de L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana? (Jovene, 2005), I diritti politici dello straniero (Jovene, 2006), Democrazia, rappresentanza, partecipazione. Il caso del movimento No Tav (Jovene, 2011), Diritto proteiforme e conflitto sul diritto, Studio sulla trasformazione delle fonti del diritto (Giappichelli, 2018), dentre outros textos. Em seus temas de pesquisa incluem-se: direito, migração, trabalho, democracia, participação e movimentos, fontes do direito, relação entre direito e economia.

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

LA GIUSTIZIA ELETTORALE IN ITALIA E IN MESSICO: UN PRIMO CONFRONTO

ELECTORAL JUSTICE IN ITALY AND MEXICO: A FIRST COMPARISON

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

LA GIUSTIZIA ELETTORALE IN ITALIA E IN MESSICO: UN PRIMO CONFRONTO

ELECTORAL JUSTICE IN ITALY AND MEXICO: A FIRST COMPARISON

GIORGIO SOBRINO
Università degli Studi di Torino
giorgio.sobrino@unito.it
https://www.dg.unito.it/do/docenti.pl/Show?_id=gsobrino

Riassunto: L'articolo propone un confronto generale tra il sistema di giustizia elettorale attualmente vigente in Italia e quello del Messico. Muovendo da un inquadramento preliminare della nozione di giustizia elettorale, lo scritto presenta una ricostruzione complessiva degli istituti e dei meccanismi di tutela dei diritti politico- elettorali dei cittadini, e degli organi ad essi preposti, previsti da questi due ordinamenti, ed esprime, in conclusione, alcune considerazioni finali in un'ottica appunto di confronto tra essi.
Parole- chiave: giustizia elettorale, diritto di voto, diritti politico- elettorali

Abstract: The article proposes a general comparison between the electoral justice systems currently in force in Italy and in Mexico. Starting from a preliminary framework of the notion of electoral justice, the paper presents an overall reconstruction of the institutions and the mechanisms for the protection of the political-electoral rights of citizens, and of the bodies responsible for them, provided by these two legal systems, and expresses, in conclusion, some final considerations with a view to comparing them.
Keywords: electoral justice, right to vote, political-electoral rights

1. – Introduzione

Scopo di questo scritto – che rappresenta il frutto di un periodo di ricerca che ho avuto la fortuna di svolgere presso l'*Instituto de Investigaciones Jurìdicas* dell'U.N.A.M. all'inizio di quest'anno[1] – è operare un primo confronto tra il sistema italiano e quello messicano di giustizia elettorale.

1 Mi sia consentito ringraziare qui i professori Pedro Salazar Ugarte (Direttore dell'*Instituto de Investigaciones Jurìdicas*) e Lorenzo Cordova Vianello (Presidente dell'*Instituto Nacional Electoral* del Messico) per la cortese ospitalità, ed il prof. Michelangelo Bovero per avere reso possibile questa ricerca.

Si tratta di un *primo* confronto (ritengo opportuno precisarlo) per due motivi. Da un lato, per i limiti di spazio di questo articolo, che impongono di fermarsi agli aspetti generali – ma essenziali – dell'argomento. Ma soprattutto (e dall'altro lato) perché la giustizia elettorale, della quale i sistemi qui considerati sono due esempi concreti, è un tema (o meglio, un *problema*) vasto e complesso, che richiede analisi e riflessioni di respiro più ampio. Esse coinvolgono infatti, tra gli altri profili, la concezione dei diritti politici e del loro "peso" rispetto alle altre categorie di diritti costituzionali nei diversi contesti[2] , nonché l'assetto delle relazioni tra i poteri (pubblici e non solo) nei diversi Stati. Nel nostro caso, in Italia ed in Messico.

Poiché la mia ricerca su questi profili è tuttora in corso dopo il periodo di analisi "dall'interno" dell'ordinamento messicano, in questa sede mi limiterò – muovendo da un inquadramento generale della *nozione* di giustizia elettorale – a presentare una panoramica degli istituti e meccanismi di tutela dei diritti politico- elettorali previsti da tale ordinamento e da quello italiano, per poi esprimere qualche considerazione finale in un'ottica, appunto, di confronto tra essi.

2. – La nozione di giustizia elettorale; l'oggetto della comparazione

Secondo la dottrina latinoamericana, ed in particolare messicana, che si è occupata specificamente di questo tema[3], «giustizia elettorale» è un'espressione (ed un concetto, o "categoria") non univoca. Ad essa, infatti, vengono attribuiti significati almeno in parte differenti.

In una prima accezione – che potremmo definire «stretta» –, la giustizia elettorale consiste nei diversi meccanismi di natura processuale volti a garantire che gli atti ed i procedimenti elettorali si conformino alla Costituzione ed alla legge, nonché a proteggere e, se necessario, a «ripristinare» l'effettivo esercizio dei diritti politico- elettorali dei cittadini. Intesa in questo modo, essa comprende tutti gli strumenti «*giuridico- processuali*» di controllo di costituzionalità e di legittimità in materia elettorale (azioni, ricorsi, reclami, ecc.) e, correlativamente, di difesa dei diritti politico- elettorali individuali[4].

In una seconda accezione (solo in parte coincidente con la prima), la giustizia elettorale è l'insieme dei «mezzi d'impugnazione» in ambito elettorale, di natura non soltanto giurisdizionale, ma anche *amministrativa* o «legislativa» (cioè le impugnazioni davanti agli organi del potere legislativo, come avviene per esempio in Italia per gli atti riguardanti le elezioni del Parlamento[5]). In questa prospettiva, essa coincide con la nozione di contenzioso elettorale

2 Soprattutto dal punto di vista del loro rispettivo grado di *effettività* (posto che ha poco senso "affermare" un diritto in un documento costituzionale, senza al contempo predisporre degli adeguati strumenti di tutela in concreto del diritto stesso).

3 J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada de América Latina*, Mexico, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Juridicas, 2019, 9 (che costituisce il principale riferimento di questo inquadramento preliminare, nonché della trattazione del sistema messicano che verrà svolta in seguito).

4 *Ibidem*, in particolare 9 e 11.

5 V. *infra*, §§ 3 – 3.1.

(appunto, giurisdizionale o di altro genere), volto a confermare, modificare o annullare/revocare gli atti del procedimento elettorale oggetto di impugnativa[6] .

In una terza accezione – che potremmo invece definire «ampia» –, «giustizia elettorale» è invece l'insieme delle misure *di varia natura* (non soltanto quindi processuali o, comunque, inerenti al contenzioso elettorale), finalizzate alla «massima realizzazione della democrazia rappresentativa o degli istituti di democrazia semidiretta che utilizzano la tecnica del suffragio»[7] , come ad esempio il *referendum*. Intesa in questo significato, ne fanno parte anche la legge elettorale (che dovrebbe prevedere un sistema elettorale «adeguato» allo scopo indicato), le norme sul diritto di associazione e le altre libertà politiche, la legge sul finanziamento dei partiti e delle campagne elettorali (dei partiti stessi e dei singoli candidati).

Tra questi diversi significati, nel presente lavoro utilizzerò il secondo sopra indicato – giustizia elettorale come insieme dei *«mezzi d'impugnazione» in materia elettorale* –, perché comprensivo dei rimedi *non* giurisdizionali ed in grado, dunque, di abbracciare il sistema italiano (o meglio, la sua parte più importante: le regole sull'impugnazione degli atti delle elezioni del Parlamento nazionale), oltre a quello messicano. Nei paragrafi seguenti, perciò, cercherò di presentare – e di mettere a confronto – i *mezzi d'impugnazione* previsti da questi due ordinamenti (di qualsiasi natura essi siano) per le diverse consultazioni elettorali (nazionali, locali, ecc.).

In particolare, metterò in evidenza gli *organi* davanti ai quali le impugnazioni devono essere proposte, e deputati quindi a decidere su di esse. Uno dei criteri principali di classificazione dei sistemi di giustizia elettorale a livello comparato utilizzati dalla dottrina, infatti, consiste nella natura dell'organo «incaricato di emettere la decisione finale sulle impugnazioni relative alla validità ed ai risultati delle elezioni»[8]. Al riguardo, si distingue tra sistemi che affidano tale decisione agli organi *legislativi* (assemblee parlamentari, essenzialmente); ad un organo giurisdizionale (distinguendosi – a sua volta – a seconda del tipo di organo *giurisdizionale* competente: giudice ordinario; giudice amministrativo; tribunale «specializzato» in materia elettorale; tribunale costituzionale); ad un organo *amministrativo* (eventualmente dotato di compiti giurisdizionali, o «para- giurisdizionali»); ad un organo «transitorio *ad hoc*»[9] . Ne derivano *modelli* diversi di sistemi di giustizia elettorale, ai quali anche l'ordinamento italiano e quello messicano possono essere ascritti.

Per quanto riguarda, poi, gli *atti* suscettibili di impugnazione (tramite gli strumenti e gli

6 J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., 13.

7 *Ibidem*, 14 s.

8 *Ibidem*, 54.

9 *Ibidem*, 55. In una prospettiva analitica simile, un altro costituzionalista messicano, Héctor Fix- Zamudio, distingue tra contenzioso elettorale «politico», «giuridico» (davanti ad organi amministrativi o giurisdizionali) e «misto»: H. Fix- Zamudio, *Introduccion a la teoria de los recursos en el contencioso electoral*, 5 ss.

istituti del contenzioso elettorale di cui sopra), mi concentrerò su quelli relativi ai risultati delle elezioni – dunque sul contenzioso elettorale inteso nel suo significato più stretto –, ma anche alla «preparazione» di esse (provvedimenti sull'ammissione delle liste, delle candidature, ecc.). La dottrina latinoamericana, peraltro (soprattutto quella che accoglie l'accezione più ampia di giustizia elettorale sopra riportata), considera parte del sistema di giustizia elettorale anche gli strumenti di tutela riconosciuti ai cittadini nei confronti degli atti *diversi* da quelli del procedimento elettorale vero e proprio, e compresi – dal punto di vista temporale – tra un'elezione e l'altra. In questa prospettiva, vengono da essa esaminati, per esempio, i rimedi contro i provvedimenti in materia di registrazione dei partiti e delle associazioni politiche (in Messico adottati, come vedremo, dall'*Instituto Nacional Electoral - I.N.E.*), di controllo nei confronti delle loro attività e di irrogazione delle eventuali sanzioni (sempre da parte dell'*I.N.E.*), nonché sull'utilizzo delle risorse pubbliche per il finanziamento dell'attività politica "ordinaria", svolta anche da singoli cittadini[10]. Un'indagine di questo tipo, sebbene interessante, sarebbe troppo ampia per il presente lavoro; e d'altra parte, rischierebbe di far perdere di vista quello che è il "nucleo" (il "*proprium*") della giustizia elettorale, cioè – come si è visto sopra – i meccanismi di tutela connessi alle elezioni in senso stretto e, correlativamente, di garanzia dei diritti politico-*elettorali* dei consociati[11].

3. – Il sistema italiano di giustizia elettorale: caratteri generali e linee evolutive recenti

Il sistema italiano di giustizia elettorale si connota tradizionalmente – tra i diversi "*modelli*" sopra richiamati – come un esempio di giustizia elettorale «*politica*»[12]. Le impugnazioni riguardanti l'elezione dei membri del Parlamento (formato dalla Camera dei deputati e dal Senato della Repubblica), le più importanti in un contesto di forma di governo parlamentare, sono infatti devolute, per espressa disposizione costituzionale, alle stesse Camere; la relativa decisione è *insindacabile* dagli altri organi e poteri dello Stato (art. 66 Cost.: «Ciascuna Camera giudica dei titoli di ammissione dei suoi componenti e delle cause sopraggiunte di ineleggibilità e di incompatibilità»).

Questa scelta del Costituente – che trova riscontro in altri ordinamenti, anche

10 J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., 23 e, più specificamente, 230 ss.

11 Sulla distinzione (sempre sul piano teorico- generale) tra diritti «politici» e diritti «politico- *elettorali*» dei cittadini – categoria, quest'ultima, più ristretta e legata direttamente allo svolgimento delle consultazioni elettorali – v. ancora J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., 20.

12 *Ibidem*, 55 e 59. Da una prospettiva interna, propria invece della dottrina costituzionalistica italiana, v. (tra i lavori indicati nella bibliografia in calce a questo articolo) L. Elia, *Elezioni politiche (contenzioso)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1965, vol. XIV, 748 ss.; L. Imarisio, *Ineleggibilità e incompatibilità politico- istituzionali*, Napoli, Jovene, 2008, 295 ss.; M. Cerase, *Sviluppi e contrasti in tema di verifica dei poteri, in Diritto pubblico*, 2004, 662 ss.

latinoamericani[13] – è il frutto di un'eredità storica dello Stato liberale[14] . Essa, invero, risponde ad una logica (tipica, appunto, della concezione liberale dello Stato) di «*rigida» separazione dei poteri*: gli organi ed i poteri diversi, in particolare quelli giudiziari, non possono ingerirsi con i loro provvedimenti nella sfera della politica, caratterizzata da *piena autonomia*.

Al di là della previsione appena richiamata, la Costituzione italiana – a differenza delle Carte dei Paesi dell'America latina e, per quanto qui interessa, di quella messicana – non contiene inoltre norme sul contenzioso elettorale e, dunque, sulla *tutela* dei diritti politici connessi allo svolgimento delle elezioni (o «politico- elettorali»). Essa si limita a riconoscere il diritto di elettorato attivo e passivo dei cittadini (differenziandolo, solo per i due rami del Parlamento, in ragione dell'età: artt. 56 e 58) e a dettare alcuni principi relativi al voto in generale: «il voto è personale ed eguale, libero e segreto» (art. 48). Da questi principi la giurisprudenza della Corte Costituzionale, in particolare negli ultimi anni, ha ricavato alcune implicazioni rilevanti per la tutela in concreto del diritto di voto, con riguardo essenzialmente alle caratteristiche costituzionalmente necessarie del sistema elettorale per l'elezione del Parlamento[15]. Il quadro costituzionale è comunque, in complesso, scarno.

Occorre tuttavia evidenziare che nel corso del tempo il sistema italiano di giustizia elettorale si è evoluto in modo significativo (sebbene – come si dirà in conclusione – non "risolutivo" ai fini della sua classificazione generale, che resta quella indicata sopra).

Da un lato, infatti, la legislazione ordinaria ha previsto, già da molti anni, un insieme articolato di mezzi d'impugnazione davanti agli organi *giurisdizionali* (ordinari ed amministrativi) degli atti relativi alle elezioni a livello *territoriale* (regionali, provinciali e comunali: cc.dd. elezioni «amministrative»), nonché dei membri del *Parlamento europeo* spettanti all'Italia: sicché si può affermare che l'attuale "modello" italiano di giustizia elettorale è – almeno in parte – «giurisdizionalizzato» (oppure, in termini forse più rigorosi considerata la centralità delle elezioni del Parlamento nazionale, *non integralmente «politico*»).

Dall'altro lato, per effetto di due recenti (ed assai importanti anche al di là del tema della giustizia elettorale[16]) pronunce della Corte Costituzionale – le già ricordate sentenze n. 1/2014 e 35/2017 – è stata riconosciuta ai cittadini la possibilità di far valere davanti al

13 In particolare nell'ordinamento argentino: la Camera dei deputati ed il Senato giudicano dell'elezione dei loro rispettivi membri, ed il Parlamento in seduta comune effettua il conteggio definitivo dei voti e la proclamazione del Presidente (cfr. J. Orozco Henriquez, Justicia electoral comparada, cit., 59 s.).

14 Essa risale, precisamente, al 1868, quando venne introdotto in Italia l'istituto della «verifica dei poteri», su ispirazione del sistema inglese: L. Imarisio, *Ineleggibilità e incompatibilità*, cit., 295.

15 Sentenze n. 1/2014 e 35/2017, su cui ci si soffermerà in seguito.

16 In quanto tali decisioni investono, e possono cambiare profondamente, l'intero *sistema di giustizia costituzionale* italiano: v., al riguardo (tra i lavori richiamati nella bibliografia in calce), R. Bin, *La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi*?, in *laCostituzione.info*, 13 gennaio 2017, nonché G. Sobrino, *Il problema dell'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale alla luce delle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017 e le sue possibili ricadute: dalla (non più tollerabile) "zona franca" alla (auspicabile) "zona a statuto speciale" della giustizia costituzionale?,* in *federalismi.it*, n. 15/2017.

giudice ordinario la «lesione del diritto politico di voto» anche in relazione alle elezioni *del Parlamento*. In particolare, ciascun «cittadino elettore» ha ora il diritto di agire in sede giudiziaria per far accertare l'eventuale violazione del proprio diritto di «votare conformemente alla Costituzione», cioè «in modo libero e diretto», «personale ed eguale» (secondo il dettato dell'art. 48 Cost.); e per attivare, in questo modo, un giudizio (c.d. «incidentale») *di legittimità costituzionale della legge elettorale* davanti alla stessa Corte Costituzionale, che potrà dichiarare tale legge illegittima. Si tratta di un'innovazione che (almeno fino a questo momento, stando alla motivazione delle due sentenze citate) non è idonea ad incidere sul *risultato* delle elezioni: ossia sulla c.d. «proclamazione» dei deputati e dei senatori eletti. La competenza esclusiva delle Camere in ordine alla «verifica dei poteri» (cioè alla verifica della regolarità delle procedure elettorali e della sussistenza effettiva «dei titoli di ammissione» dei loro membri, di cui al già citato art. 66 Cost.), nonché a decidere contro le eventuali impugnazioni in merito, non è messa in discussione. Tuttavia, nella misura in cui essa consente ai cittadini, sostanzialmente, di impugnare la legge elettorale e di farla eliminare dall'ordinamento ove in contrasto con i principi costituzionali sul diritto di voto, rappresenta un importante strumento di tutela di tale diritto, appunto in relazione (anche) alle elezioni del Parlamento.

Alla luce di quanto precede, pare opportuno, sul piano sistematico, trattare separatamente gli strumenti di tutela riconosciuti agli elettori in Italia nei confronti degli atti delle elezioni locali (o «amministrative») e dei membri del Parlamento europeo (§ 3.1) e, dall'altro lato, quelli riguardanti l'elezione del Parlamento nazionale (§ 3.2); per poi passare all'esame del sistema di giustizia elettorale vigente in Messico (§ 4).

3.1. – Gli strumenti di tutela dei diritti politico- elettorali nelle elezioni locali e del Parlamento europeo

Iniziando dalla tutela dei diritti politico- elettorali (diritto di voto, in primo luogo; ma anche di elettorato passivo ed altri) nelle elezioni diverse da quelle del Parlamento nazionale[17], essa – come già accennato – nell'attuale ordinamento italiano è affidata interamente agli organi *giurisdizionali.* Come in altre materie, vi è al riguardo, peraltro, un «riparto di competenze» tra il giudice ordinario ed il giudice («speciale») amministrativo: davanti ad essi devono infatti essere impugnati atti elettorali diversi, ed azionati diritti (o altre situazioni giuridiche soggettive) diversi.

Nello specifico, davanti al giudice *ordinario* devono essere proposti gli eventuali ricorsi aventi ad oggetto l'*eleggibilità* dei candidati alle cariche elettive locali (art. 82 d.P.R.

17 V., in particolare (tra i lavori richiamati nella bibliografia in calce), E. Lehner, *Le garanzie dei diritti elettorali*, Roma, Aracne, 2012, 161 ss.; L. Imarisio, I*neleggibilità e incompatibilità*, cit., 303 ss.; E. Catelani – E. Donati – M.C. Grisolia (cur.), *La giustizia elettorale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

n. 570/1960 per i Comuni; art. 19 legge n. 108/1968 per le Regioni[18]) o al Parlamento europeo (art. 44 legge n. 18/1979). Tramite questi ricorsi i «cittadini elettori» dell'Ente territoriale in questione – ma anche ogni altra persona «vi abbia diretto interesse» (art. 82 d.P.R. n. 570/1960, cit.) – possono contestare l'esistenza in capo ai candidati dichiarati eletti di una (o più) delle cause di «incandidabilità», «ineleggibilità» o «incompatibilità» previste dalla legge. Ciò avviene impugnando la delibera adottata in materia dal Consiglio comunale o dal Consiglio regionale, che all'atto del loro insediamento esaminano i «titoli di ammissione» dei loro membri (come le Camere del Parlamento ai sensi dell'art. 66 Cost., sopra citato). Se il giudice accoglie il ricorso, il candidato viene dichiarato ineleggibile e, perciò, «sostituito» con quello che avrebbe dovuto essere proclamato eletto al suo posto (art. 22 d.lgs. n. 150/2011). Per quanto riguarda i membri del Parlamento europeo, invece, non è necessario impugnare alcun atto; i ricorsi devono essere proposti entro trenta giorni dalla pubblicazione dei nomi degli eletti (art. 23 dello stesso d.lgs. n. 150/2011).

Occorre ricordare, inoltre, che l'azione giudiziaria volta a far valere l'esistenza di una causa di «ineleggibilità» (o di «incompatibilità») dell'organo elettivo locale può essere esercitata dal cittadino anche in un momento successivo all'inizio del relativo mandato, a fronte di situazioni illegittime sopravvenute. Infatti, anche in questo caso la mancata eliminazione della causa di «ineleggibilità» (o di «incompatibilità») da parte dell'organo coinvolto ne comporta la «decadenza» (art. 68 d.lgs. n. 267/2000 per i Comuni; art. 7 legge n. 154/1981 per le Regioni). E' previsto, in proposito, un procedimento di contestazione della condizione di ineleggibilità/incompatibilità all'interno del Consiglio comunale o regionale, al cui esito viene adottata una delibera che può essere impugnata davanti al giudice ordinario entro trenta giorni (art. 22 d.lgs. n. 150/2011).

Il giudice *amministrativo*, invece, è competente a decidere i ricorsi concernenti tutte le «*operazioni elettorali*» successive alla convocazione dei «comizi» – sino all'atto di «proclamazione» degli eletti – per le elezioni locali e del Parlamento europeo (artt. 126 del codice del processo amministrativo e 83 d.P.R. n. 570/1960). Più precisamente, dal 2010 è riconosciuta agli aspiranti candidati la possibilità di impugnare immediatamente[19] (*prima*, quindi, dello svolgimento della consultazione elettorale) i provvedimenti di *esclusione delle liste o dei candidati* adottati dall'Ufficio elettorale. Il relativo giudizio è assai rapido: l'udienza si tiene entro tre giorni dal deposito del ricorso, e la sentenza è pubblicata subito dopo e comunicata all'Ufficio elettorale (art. 129 c.p.a.). Già da prima del 2010, invece, è prevista l'impugnabilità – da parte dei candidati e degli elettori dell'Ente territoriale coinvolto, o di tutti i cittadini

18 Per le Province, invece, la legge n. 56/2014 ha abolito l'elettività *diretta* degli organi, quindi il problema dell'eventuale ineleggibilità assume contorni diversi.

19 Per l'esattezza, entro tre giorni dalla loro adozione (art. 129 c.p.a.).

nel caso delle elezioni del Parlamento U.E. – di tutti gli altri atti del procedimento elettorale, compresa la «*proclamazione» degli eletti*, nel termine di trenta giorni da quest'ultima. Anche in questo caso, la procedura davanti al Tribunale Amministrativo Regionale competente (sempre il T.A.R. del Lazio per le elezioni europee) è "accelerata" rispetto ai giudizi comuni, in chiave – evidentemente – di garanzia della certezza dei risultati elettorali e, dall'altro lato, dell'*effettività della tutela* del diritto di voto degli elettori (art. 130 c.p.a.).

Infine, va ricordato che tanto il giudice ordinario quanto il giudice amministrativo, all'interno dei rispettivi giudizi, possono investire la *Corte Costituzionale* di eventuali questioni di costituzionalità della disciplina elettorale che essi sono chiamati ad applicare. Se la questione è effettivamente «rilevante» per la decisione sul ricorso del cittadino, la Corte la esamina[20], "entrando" quindi, a sua volta, nel "campo" delle elezioni locali e del Parlamento U.E.; e potendo dichiarare eventualmente l'illegittimità costituzionale delle norme del sistema elettorale o di altre, concorrendo così a tutelare i diritti politici del cittadino sanciti dalla Costituzione.

3.2. – La «verifica dei poteri» e la tutela del diritto di «votare conformemente alla Costituzione» nelle elezioni politiche nazionali

Passando agli istituti di garanzia operanti in Italia, allo stato attuale, in riferimento all'elezione del *Parlamento nazionale*, essi – come rilevato sopra – sono fondamentalmente due: uno tradizionale, e previsto espressamente dalla Costituzione – la «verifica dei poteri» (art. 66, cit.) –; l'altro invece recente, e introdotto in via "pretoria" dal circuito giudici comuni- Corte Costituzionale – l'azione di accertamento della «pienezza» del diritto di voto, ossia del diritto dell'elettore di «votare conformemente alla Costituzione» (sentenze n. 1/2014 e 35/2017 della Corte Costituzionale) –.

Nello specifico, la «verifica dei poteri», in primo luogo, consiste in un procedimento *interno alle due Camere* volto, da una parte, a valutare i «titoli di ammissione» degli eletti (di cui parla l'art. 66 Cost.) e l'esistenza di eventuali situazioni di «ineleggibilità» e «incompatibilità»; dall'altra parte (e sostanzialmente), a controllare la regolarità del procedimento elettorale e la correttezza dei risultati. In concreto, la procedura prevede una fase di «delibazione» dell'elezione di ogni candidato – e di eventuale *contestazione* di essa da parte di chi vi abbia interesse – davanti alle Giunte della Camera e del Senato competenti in materia, ed una successiva fase di deliberazione definitiva da parte delle due Assemblee (che possono "ribaltare" la decisione della Giunta, anche in caso di convalida dell'elezione). Le Giunte sono composte da parlamentari nominati dai Presidenti delle rispettive Camere: in ragione di ciò esse tendono ad operare sulla base di criteri e logiche *politiche* (soprattutto quando le loro decisioni sono suscettibili di

20 Giudizio «incidentale» di legittimità costituzionale, tipico dell'ordinamento italiano.

incidere sugli equilibri all'interno dell'Assemblea[21]), nonostante i relativi *procedimenti* abbiano via via assunto, per effetto di successive riforme dei regolamenti parlamentari, un contenuto e garanzie sostanzialmente "giurisdizionali" (è proprio il caso, in particolare, del «giudizio di contestazione»)[22].

Come già ricordato, inoltre, la decisione assunta dall'Aula parlamentare sulla convalida o meno dell'elezione è insindacabile dagli altri organi e poteri dello Stato (compresa, fino a questo momento, la Corte Costituzionale[23]): il che conferma la natura «*politica*» di questo istituto e, conseguentemente, del "*modello*" italiano di giustizia elettorale.

Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'azione *giudiziaria* di accertamento del diritto dell'elettore di «votare conformemente alla Costituzione», essa (come pure già precisato) non smentisce la natura «politica» del sistema italiano. Il giudizio che ne consegue, infatti, non è idoneo ad incidere sulla validità del risultato elettorale – che resta rimessa alla decisione delle Assemblee di Camera e Senato[24] –, ma opera su un piano diverso (sebbene assai importante): quello *della validità ed efficacia della legge elettorale*. Si tratta dunque di un rimedio di natura *giurisdizionale* "complementare" alla «verifica dei poteri», e che arricchisce rispetto al passato gli strumenti a disposizione del cittadino per far valere l'eventuale lesione del suo diritto politico di voto (e i diritti connessi), anche in relazione alle elezioni del Parlamento[25].

L'introduzione di questo strumento si deve, come già accennato, a due recenti sentenze della Corte Costituzionale: la n. 1/2014 e la n. 35/2017. O meglio: alla sentenza n. 1/2014, le cui conclusioni sono state confermate dalla Corte nella pronuncia del 2017[26]. La genesi della prima sentenza, in particolare, è abbastanza singolare. Alcuni cittadini comuni – mossi dall'intento di far rimuovere la legge elettorale allora vigente – propongono un ricorso al Tribunale civile di Milano in qualità di «cittadini elettori». Essi chiedono al Tribunale (*1*) di dichiarare che il loro diritto di voto per eleggere le Camere «non può essere esercitato in modo libero e diretto»,

21 Per alcuni esempi di ciò (tratti soprattutto dall'esperienza delle prime legislature maggioritarie, successive alla "svolta" politico-istituzionale del 1993) v. L. Spadacini, *Regole elettorali e integrità numerica delle Camere. La mancata assegnazione di alcuni seggi alla Camera nella XIV legislatura*, Brescia, Promodis Italia editrice, 2003; M. Cerase, *Sviluppi e contrasti in tema di verifica dei poteri*, in Diritto pubblico, 2004, 662 ss.; G. Piccirilli, *Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali*, in *Rassegna parlamentare*, 2006, 788 ss.

22 Per quanto precede v., in particolare, L. Imarisio, *Ineleggibilità e incompatibilità*, cit., 292 ss.

23 Da ultimo, ordinanza n. 86/2020, che ha dichiarato inammissibile il ricorso per «conflitto di attribuzioni» proposto da un senatore del Movimento 5 Stelle contro l'assegnazione di un seggio ad un'altra deputata – da egli ritenuta illegittima – in seguito delle elezioni politiche del 2018.

24 Come ha affermato la Corte Costituzionale nella sentenza n. 1/2014, la dichiarazione di illegittimità della legge elettorale «produrrà i suoi effetti esclusivamente in occasione di una nuova consultazione elettorale … Le elezioni che si sono svolte in applicazione anche delle norme elettorali dichiarate costituzionalmente illegittime costituiscono, in definitiva, e con ogni evidenza, un fatto concluso, posto che il processo di composizione delle Camere si compie con la proclamazione degli eletti» (p.to 7 del *Considerato in diritto*).

25 Oltre che a quelle degli organi elettivi locali e dei membri del Parlamento U.E., per le quali – come si è visto sopra – esistevano già prima diversi mezzi d'impugnazione giurisdizionale, e la connessa possibilità di sindacare la legittimità della disciplina legale in sede di giudizio «incidentale» di costituzionalità.

26 Su queste due decisioni, nell'amplissima bibliografia, si vedano in particolare M. D'Amico – S. Catalano (cur.), *Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale*, Milano, Franco Angeli, 2014; G. Ferri (cur.), *Corte Costituzionale e leggi elettorali delle Camere*, Napoli, E.S.I., 2017; G. D'Amico, *Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018; N. Zanon, *Il controllo di costituzionalità sulle leggi elettorali politiche in Italia. Aspetti processuali (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017)*, in www.cortecostituzionale.it.

come previsto dalla Costituzione e dalla C.E.D.U.[27] , a causa del contenuto delle disposizioni della legge elettorale (legge n. 270/2005), e quindi (*2*) di «ripristinare tale diritto secondo modalità conformi alla legalità costituzionale». Al fine dell'accoglimento di tali domande i ricorrenti chiedono, inoltre, al giudice di *sollevare davanti alla Corte Costituzionale* (in via «incidentale») diverse questioni di costituzionalità delle norme della legge elettorale citata.

Questa azione è di ammissibilità molto dubbia in base al diritto processuale italiano, perché non mira a conseguire alcun "risultato utile" sul piano giuridico. Quand'anche, infatti, i ricorrenti fossero riusciti ad ottenere una sentenza di accertamento positivo del loro diritto di «votare conformemente alla Costituzione», essi non avrebbero potuto farla valere in concreto: né per far invalidare le elezioni svoltesi in passato (che rappresentavano un "fatto esaurito" non più contestabile, come ha confermato la sentenza n. 1/2014), né con riferimento alle elezioni future (in quanto il relativo risultato, come si è esposto sopra, nell'ordinamento italiano non può essere contestato davanti all'Autorità giudiziaria, ma solo tramite il procedimento *interno al Parlamento della* «verifica dei poteri»)[28]. Inoltre, la richiesta dei ricorrenti di rimettere alla Corte Costituzionale le questioni di costituzionalità della legge elettorale sembra inammissibile anche per via dell'assenza di «pregiudizialità» tra il giudizio di legittimità costituzionale e l'oggetto del giudizio civile davanti al Tribunale. Nel caso in esame, infatti (come aveva evidenziato la dottrina), l'azione di accertamento «circa la lesione del diritto di voto dell'elettore *coincide esattamente* con l'azione di accertamento dell'illegittimità costituzionale della legge che disciplina quel voto»[29]: ciò contrasta con il necessario carattere «incidentale» (e "strumentale" alla pronuncia del giudice comune) del giudizio di costituzionalità nell'ordinamento italiano.

Nonostante queste apparenti preclusioni, il ricorso dei cittadini (dopo alterne vicende processuali) viene dichiarato ammissibile dalla Corte di Cassazione – giudice di ultimo grado – e le questioni di legittimità costituzionale vengono da essa sollevate davanti alla Corte Costituzionale. Quest'ultima, appunto con la sentenza n. 1/2014, conferma l'ammissibilità delle questioni, rilevando soprattutto l'esigenza di *sottoporre al controllo di costituzionalità* una legge fondamentale «per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato» come quella elettorale (evitando, dunque, il prodursi di una «una zona franca nel sistema di giustizia costituzionale … in un ambito strettamente connesso con l'assetto democratico, *in quanto*

27 Segnatamente, art. 48 Cost. e Protocollo 1 CEDU.

28 Sui dubbi di ammissibilità dell'azione esercitata dai cittadini- elettori davanti al giudice ordinario v. G. D'Amico, *Azione di accertamento*, cit.; E. Grosso, *Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di 'supplenza' alla Corte Costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica, in Rivista AIC,* n. 4/2013; *nonché, volendo, G. Sobrino, Il problema dell'ammissibilità*, cit., 7 ss.

29 E. Grosso, *op. cit*., 2

incide sul diritto fondamentale di voto»[30]). Nel merito, poi, la Corte Costituzionale accoglie le questioni e (per la prima volta nella sua storia) *annulla* le disposizioni della legge elettorale per l'elezione del Parlamento (in particolare quelle relative alla c.d. «formula elettorale») per contrasto con diverse norme della Costituzione.

Al di là della criticabilità, sotto certi profili, della scelta sull'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale operata nella fattispecie dalla Corte[31], ciò che rileva ai fini della presente analisi è il "risultato" di tale orientamento. A partire dalla sentenza n. 1/2014, invero, qualsiasi cittadino è legittimato ad agire davanti a un giudice per accertare il suo diritto di «*votare conformemente alla Costituzione*» *nelle elezioni politiche*; e i giudici sono autorizzati, di conseguenza, a sollevare davanti alla Corte Costituzionale questioni di costituzionalità della legge elettorale del Parlamento, la quale può essere dichiarata invalida al pari di quelle per l'elezione degli organi locali e dei membri italiani del Parlamento U.E. (*supra*, § 3.1). Ciò infatti si è già verificato, poco dopo la pronuncia ricordata, con la sentenza n. 35/2017.

4. – Il sistema messicano di giustizia elettorale: caratteri generali e principali organi ed istituti

Venendo ora al sistema di giustizia elettorale del Messico[32], anch'esso, come quello italiano, muove da una caratterizzazione tradizionale quale modello di giustizia elettorale «politica» (competenza affidata, infatti, dalla Costituzione Federale del 1824 alle due Camere del Congresso). A differenza dell'Italia, però, nel corso della sua storia (che abbraccia un periodo più lungo: dal 1824, appunto[33], fino ai giorni nostri) esso si è evoluto assai profondamente, sino a cambiare natura e – conseguentemente – *classificazione* tra i "tipi" di ordinamenti giuridico- processuali elettorali richiamati all'inizio di questo articolo (*supra*, § 2). Tenendo infatti conto del criterio di classificazione consistente nella natura dell'organo «incaricato di emettere la decisione finale sulle impugnazioni relative alla validità ed ai risultati delle elezioni»[34], il sistema di giustizia elettorale vigente *oggi* in Messico viene definito dalla dottrina più avvertita«*pienamente giudiziario*»[35].

30 Così il punto 2 (ultimo capoverso) della motivazione della sentenza n. 1/2014. Utilizzando l'espressione «zona franca» la Corte Costituzionale ha fatto riferimento esplicito alla tradizionale dottrina costituzionalistica italiana, che – sia pure problematicamente – aveva escluso la possibilità per la Corte stessa di sindacare la conformità alla Costituzione delle leggi elettorali della Camera e del Senato, in quanto leggi il cui rispetto è demandato dall'art. 66 Cost. al controllo degli organi parlamentari (in sede appunto di convalida degli eletti); e in ordine alle quali non si riteneva dunque possibile radicare un giudizio davanti a un giudice comune, nel quale eccepire questioni di costituzionalità (v. ad es. R. Bin, "*Zone franche" e legittimazione della Corte, in Forum dei Quaderni costituzionali,* 5 maggio 2014, e M. Manetti, *L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali*, in A. Anzon – P. Caretti – S. Grassi (cur.), Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale, Torino, Giappichelli, 2000, 136 ss.).

31 In particolare dal punto di vista della "forzatura" (per non dire violazione) delle regole del processo costituzionale – che si ripercuote sulla sua *legittimazione* nel sistema – e della possibile apertura all'accesso diretto al giudizio di legittimità costituzionale: sia consentito rinviare, al riguardo, a G. Sobrino, *Il problema dell'ammissibilità*, cit., 27 ss.

32 Per la cui descrizione che segue nel testo si farà riferimento principalmente ancora a J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada,* cit., 100 ss. (oltre che agli altri scritti di studiosi messicani indicati nella bibliografia in calce al presente articolo).

33 Il Messico è uno Stato indipendente dal 1821, ma la sua prima Costituzione è del 1824.

34 V. ancora *supra*, § 2.

35 J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., 100.

Tale qualificazione deriva dal fatto che da quasi venticinque anni (precisamente, da una riforma costituzionale del 1996), in base alla Costituzione[36] ed alle fonti ad essa subordinate la «decisione finale» su *tutti* i ricorsi riguardanti lo svolgimento delle elezioni – compresa l'elezione del Presidente, la più importante in un sistema (ancora, a differenza dell'Italia) presidenziale – spetta ad un organo *appartenente al potere giudiziario* e avente natura, appunto, giurisdizionale: il *Tribunal Electoral del Poder Judicial*[37]. Esso (come vedremo meglio oltre) si configura come un organo «speciale» del potere giudiziario messicano, dotato di competenza *esclusiva* in materia elettorale; le sue decisioni – tra cui, appunto, la «dichiarazione di validità» del Presidente eletto – sono definitive e *non impugnabili* da alcun altro organo o potere dello Stato (o meglio: della Federazione, essendo il Messico uno Stato federale).

Per quanto le «decisioni finali» sul contenzioso elettorale spettino al *Tribunal Electoral del Poder Judicial*, nell'attuale ordinamento messicano riveste un ruolo fondamentale (accanto proprio al *Tribunal Electoral*) l'*Instituto Nacional Electoral (I.N.E.)*. Si tratta di un organo istituito nel 2014, dalla trasformazione dell'*Instituto Federal Electoral*, che operava nel sistema dal 1990. Esso ha natura formalmente amministrativa, ma è dotato di rilevanti *garanzie* di autonomia ed indipendenza dal potere esecutivo (e, più in generale, dagli organi politici), similmente a quanto avviene in Italia, a partire dagli anni Novanta dello scorso secolo, per le cc.dd. «Autorità amministrative indipendenti». La sua competenza in materia elettorale può definirsi «generale»: come vedremo meglio in seguito, l'*Instituto* adotta tutti i provvedimenti che riguardano i *partiti politici* e la loro partecipazione (così come quella dei singoli candidati e dei cittadini- elettori) alle consultazioni elettorali; in particolare, esso si occupa di tutti gli aspetti (anche i più "minuti") riguardanti l'*organizzazione delle elezioni* e la *tutela dei diritti politico- elettorali dei cittadini*. In tale contesto, l'I.N.E. è competente anche a decidere *in prima istanza* sugli eventuali ricorsi presentati dagli elettori; le sue decisioni sono impugnabili davanti al citato Tribunal Electoral (il quale – a differenza dell'I.N.E. – ha competenze esclusivamente *giurisdizionali*).

Il passaggio da un modello di giustizia elettorale «politica» al sistema attuale – come si è visto «pienamente giudiziario» – nell'ordinamento messicano non è stato, peraltro, immediato né diretto. A partire dal 1977 infatti, per effetto di una prima importante riforma, si è aperta una fase "intermedia" e di transizione dall'assetto originario all'altro, che la dottrina messicana oggi definisce (retrospettivamente) sistema di giustizia elettorale «*misto*». In questa fase, nel 1987, era stato istituito il *Tribunal de lo Contencioso Electoral* –primo Tribunale elettorale nella storia

36 Formalmente chiamata «Costituzione politica degli Stati Uniti Messicani», ed approvata originariamente nel 1917.

37 Questa soluzione – si noti – distingue l'ordinamento messicano dalla maggior parte dei sistemi di giustizia elettorale dei Paesi dell'America Latina: in essi l'organo "di vertice" del contenzioso elettorale, deputato ad adottare la «decisione finale» sulla validità ed i risultati delle elezioni, è un organo indipendente da *tutti i poteri dello Stato* (compreso il giudiziario) e riconducibile, perciò, alla categoria degli organi «*di garanzia costituzionale*» (come in Italia la Corte Costituzionale).

del Messico –, trasformato nel 1990 nel *Tribunal Federal Electoral*, il "genitore" dell'attuale *Tribunal Electoral del Poder Judicial*. Sempre nel 1990, inoltre (come anticipato sopra), era stato creato l'Instituto Federal Electoral, diretto antecedente storico dell'*I.N.E.*, il quale oggi rappresenta il secondo "asse portante" dell'ordinamento istituzionale elettorale. Tuttavia, fino a metà degli anni Novanta dello scorso secolo (riforma costituzionale del 1996, già citata), le decisioni del *Tribunal Federal Electoral* potevano essere "superate" o, comunque, modificate dalle *Camere* legislative, sia pure con un voto a maggioranza qualificata. Di qui, la connotazione non ancora propriamente «giudiziaria» – ma appunto, «mista» *politico*- giudiziaria, se non addirittura «politica» considerata la natura dell'organo deputato a decidere *in ultima istanza* – di tale modello[38].

Sul piano della teoria generale, se (come abbiamo visto in precedenza a proposito dell'ordinamento italiano) l'adozione di un sistema di giustizia elettorale «politica» si fonda sul principio della separazione dei poteri inteso in senso «rigido», come nella concezione liberale ottocentesca di Stato, l'opzione a favore del modello «giurisdizionale» viene invece giustificata dalla dottrina – in Messico, ma non solo[39] – con il principio di *supremazia della Costituzione,* e dei *diritti politico- elettorali* da essa sanciti, tipico della forma di Stato *democratico-costituzionale* contemporanea. Si osserva, al riguardo, che l'attribuzione ad un organo di natura giurisdizionale – *indipendente*, perciò, dal potere politico –, come il *Tribunal Electoral del Poder Judicial*, della competenza a decidere in ultima istanza sui ricorsi dei candidati e dei cittadini in materia elettorale serve a «garantire che tutti gli atti ed i provvedimenti elettorali *si conformino inderogabilmente ai principi di costituzionalità e di legalità*, e ad assicurare la *protezione dei diritti fondamentali politico- elettorali dei cittadini* di votare e di essere votati»: secondo il disposto dell'art. 41, paragrafo 2-VI, della Costituzione del Messico. «In questo senso – afferma la dottrina – il sistema di giustizia elettorale messicano … ha come obiettivo *garantire la vigenza dello Stato costituzionale democratico di diritto*, il quale esige la celebrazione di elezioni libere, autentiche e periodiche, strettamente conformi alla Costituzione e alla legge». Inoltre (sotto un altro, ma correlato, profilo), si sottolinea che dal punto di vista del contenuto, «l'attività consistente nel giudicare e nel qualificare le elezioni ha concretamente *natura giurisdizionale*»; di conseguenza, «l'esercizio di tali attribuzioni deve essere rimesso ad un *organo giurisdizionale*, al fine di garantire l'autenticità, la regolarità e la validità delle elezioni»[40].

Come si vede, si tratta di una prospettiva teorico- costituzionale del tutto diversa da quella

38 Per questa evoluzione storica e classificazione teorica, J. Orozco Henriquez, *op. cit*., 100 ss. e, più dettagliatamente, 133 ss.

39 Per quanto riguarda la dottrina italiana, in chiave evidentemente non di giustificazione del sistema vigente ma di proposta di riforma dello stesso nella direzione, appunto, della «giurisdizionalizzazione», v. per es. L. Imarisio, *Ineleggibilità e incompatibilità*, cit., 294 ss., in particolare 299.

40 Per tutte queste considerazioni v. sempre J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., 61 e 142.

sottesa al modello di giustizia elettorale «politica» (tipico, per quanto qui rileva, dell'Italia).

Passiamo, a questo punto, ad esaminare più nel dettaglio il sistema messicano di giustizia elettorale. Come preannunciato all'inizio di questo lavoro (*supra*, § 2), mi soffermerò, in particolare, sugli *organi* ed istituti (mezzi d'impugnazione ed altri strumenti di tutela) principali da esso previsti oggi, nel quadro di un ordinamento – è necessario avvertire – abbastanza complesso, di tipo federale (e quindi connotato dalla compresenza di regole adottate a livello centrale e di regole "locali" dei diversi Stati) e soggetto, infine, a cambiamenti e riforme abbastanza frequenti.

Iniziando dal *Tribunal Electoral del Poder Judicial* – organo "di vertice" di tale sistema, per quanto si è detto sopra –, esso è composto da una sezione «superiore» («*Sala Superior*») e da sei sezioni «regionali» («*Salas Regionales*») operanti a livello territoriale. Una di esse, peraltro, ha una competenza «specializzata» ma generale in materia di illeciti amministrativi relativi all'accesso dei partiti politici ai mezzi di comunicazione ed alla propaganda politica («*Sala Regional Especializada*»). La maggior parte delle decisioni complessivamente devolute al *Tribunal Electoral* (delle quali si dirà appresso) vengono adottate in un unico grado di giudizio, davanti alle sezioni «regionali»: solo alcuni dei mezzi d'impugnazione previsti nei confronti dei *risultati elettorali*, in particolare, possono essere proposti sia davanti a queste ultime che davanti alla «Sala Superior» in grado d'appello.

La «*Sala Superior*» è attualmente formata da sette magistrati, eletti dal Senato («*Camara de Senadores*») – organo quindi *parlamentare* – a maggioranza qualificata di due terzi, tra una "rosa" di candidati proposta dalla *Suprema Corte di Giustizia* («*Suprema Corte de Justicia de la Nacion*»): il che conferma la natura di organo «speciale» *interno al potere giudiziario* messicano del *Tribunal Electoral*. Tali magistrati restano in carica nove anni. I membri delle sezioni «regionali» sono invece tre; essi vengono eletti nello stesso modo e hanno un mandato di analoga durata. Sia la «*Sala Superior*» che le «*Salas Regionales*», peraltro, si configurano come organi «a rinnovo parziale e continuo» (come la Corte Costituzionale in Italia, in particolare) in quanto i loro giudici non vengono eletti (e quindi non scadono dal mandato) tutti insieme. Per ogni magistrato da sostituire, quindi, la Suprema Corte di Giustizia propone al Senato una terna di candidati.

Sul piano delle competenze – e quindi dei *mezzi d'impugnazione* che, in base alla Costituzione messicana ed alle fonti subordinate[41], possono essere proposti dinanzi a tale organo –, il *Tribunal Electoral* è titolare del potere di decidere sui seguenti ricorsi: *1*) ricorsi riguardanti le elezioni federali dei membri del Parlamento (deputati e senatori): c.d. «juicio de inconformidad» davanti alle sezioni «regionali» e «recurso de reconsideracion»

41 Specialmente la «*Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*».

davanti alla «*Sala Superior*»; *2*) ricorsi relativi all'elezione del Presidente federale: «*juicio de inconformidad*» esclusivamente davanti alla «*Sala Superior*» (la quale, alla sua conclusione, emette in via definitiva la «dichiarazione di validità» dell'elezione presidenziale a cui si è accennato in precedenza); 3) ricorsi contro gli atti e le decisioni dell'*Instituto Nacional Electoral* (*I.N.E.*) *diversi* da quelli dei due punti precedenti (posto che l'I.N.E., come vedremo, dichiara i risultati di queste due elezioni): «*recurso de apelacion*» davanti alla «*Sala Superior*» o alle «*Salas Regionales*», a seconda delle materie; *4*) ricorsi contro gli atti e le decisioni delle Autorità *dei singoli* Stati competenti in materia di organizzazione e di «qualificazione» («*calificacion*») delle consultazioni elettorali, e di risoluzione delle relative controversie: «*juicio de revision constitucional electoral*» davanti alla «*Sala Superior*» o alle «*Salas Regionales*», a seconda dei casi; *5*) ricorsi contro gli atti e le decisioni delle Autorità federali e locali lesive dei *diritti politico- elettorali dei cittadini* (in particolare, diritto di elettorato attivo e passivo e di libera associazione politica): «*juicio para la proteccion de los derechos politico- electorales del ciudadano*» davanti alla «*Sala Superior*» o alle «*Salas Regionales*», a seconda dei casi; *6*) ricorsi del personale dello stesso *Tribunal Electoral* e dell'*I.N.E*. riguardanti il rispettivo rapporto di lavoro, esclusivamente davanti alla «*Sala Superior*»; 7) ricorsi contro le *sanzioni* irrogate dall'*I.N.E*. ai partiti, alle associazioni politiche ed ai singoli cittadini per la violazione di norme costituzionali o di legge.

A fronte di tale elenco assai nutrito (e rilevante soprattutto dal punto di vista del c*ontenuto* delle materie coinvolte), l'unica competenza di cui il *Tribunal Electoral non* è titolare in ambito elettorale consiste – è opportuno sottolinearlo in questa sede – nel *controllo di costituzionalità «in astratto» delle leggi elettorali*: ossia quello che in Italia, come abbiamo visto sopra, viene svolto dalla Corte Costituzionale con riferimento in particolare alla legge elettorale del Parlamento nazionale, in seguito alle sentenze n. 1/2014 e 35/2017. Infatti, nell'ordinamento messicano la c.d. «*accion de incostitucionalidad*» contro queste leggi deve essere esercitata – come in ogni altra materia – davanti alla *Suprema Corte di Giustizia* (da parte delle minoranze parlamentari, dei partiti politici registrati presso l'*I.N.E*. o a livello locale, del Procuratore Generale dello Stato e degli altri soggetti a ciò legittimati). Il *Tribunal Electoral* peraltro, osserva la dottrina, esercita un «controllo di costituzionalità *nei casi concreti*»: cioè valuta la conformità alla Costituzione degli *specifici* atti e provvedimenti in materia politico-elettorale indicati sopra, sottoposti alla sua cognizione[42]. Vi è dunque, sul punto, una divisione di competenze tra i due organi giudiziari.

In terzo luogo, oltre al *Tribunal Electoral* e (limitatamente al sindacato di costituzionalità «in astratto» delle leggi elettorali) alla *Suprema Corte de Justicia de la Nacion*, un organo

42 Per la distinzione tra controllo di costituzionalità «in astratto» (spettante alla Suprema Corte) e «nei casi concreti» (spettante al *Tribunal Electoral*) v. J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., specialmente 102 e 140.

fondamentale del sistema di giustizia elettorale del Messico è il già ricordato Instituto Nacional Electoral (I.N.E.), "erede" dell'Instituto Federal Electoral (I.F.E.), che ha operato dal 1990 al 2014. A differenza degli altri due organi, l'I.N.E. dal punto di vista formale è un'Autorità *amministrativa*: esso è titolare di una competenza "generalizzata" in materia politico- elettorale, che esercita sulla base, ed in attuazione, delle disposizioni di legge.

L'*Instituto* ha dunque una struttura articolata e gerarchica: essa comprende[43] organi «centrali» e «locali» («*organos delegacionales*», costituiti dalle «*Juntas Locales Ejecutivas*» che operano nei 32 Enti federati del Messico e dalle «*Juntas Distritales Ejecutivas*» che operano nei 300 distretti elettorali), al di sotto dei quali vi sono uffici con competenze specifiche (essenzialmente, le «Direzioni esecutive» e le «Unità tecniche»). I principali organi «centrali» interni, che determinano e coordinano le attività dell'*Instituto*, sono il «Consiglio generale» («*Consejo General*») e la «Giunta generale esecutiva» («*Juntas General Ejecutiva*»). Il primo è composto da undici membri "*pleno jure*" («*Consejeros Electorales*») – compreso il Presidente –, eletti dalla Camera dei Deputati a maggioranza qualificata di due terzi tra una "rosa" di cinque candidati per ogni Consigliere proposta da un organo «tecnico» («*Comitè Tecnico de Evaluacion*»), designato a sua volta dalla Camera e da organi costituzionali autonomi. Tali membri durano in carica nove anni e non vengono eletti tutti insieme (essendo anche il «Consejo General» un organo «a rinnovo parziale e continuo»). Ad essi si aggiungono i membri rappresentanti del Parlamento («*Consejeros del Poder Legislativo*») – uno per ogni gruppo parlamentare di entrambe le Camere – ed i rappresentanti dei partiti politici («*Representantes de los Partidos Políticos*») – uno designato da ogni partito politico nazionale –, i quali possono intervenire alle sedute ma non hanno diritto di voto. La «Giunta generale esecutiva» invece (presieduta dal «*Consejero Presidente*») è formata dal «Segretario esecutivo» dell'Instituto e dai responsabili delle «Direzioni esecutive» e delle «Unità tecniche».

Alla luce della modalità di designazione dei membri "*pleno jure*" (cioè con diritto di voto) del «Consiglio generale» – rimessa ad uno dei due rami del Parlamento, con maggioranza qualificata, su proposta di un organo «tecnico» indipendente dal Governo –, si può convenire con la dottrina messicana nel qualificare l'I.N.E. come un «*organo amministrativo elettorale autonomo*»[44]. Si tratta, in effetti, di un Ente che ha attribuzioni «amministrative» (in una materia delicata come quella elettorale); ma con una *posizione istituzionale* «autonoma» ed indipendente – soprattutto dal potere esecutivo –, paragonabile (come già detto in precedenza) alle «Autorità amministrative indipendenti» dell'ordinamento italiano.

Venendo appunto alle competenze attribuite all'*I.N.E.* dalla legislazione messicana

43 V., al riguardo, anche l'apposita sezione del sito *web* istituzionale dell'*Instituto*: https://www.ine.mx/estructura-ine/.

44 J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., in particolare 346 ss. (tabelle comparative dei sistemi di giustizia elettorale dell'America Latina).

vigente (come modificata nel 2014, quando è stato creato l'*Instituto*), esse sono (principalmente) le seguenti[45]: *1*) l'emissione della «*Credencial para votar*», che in Messico – va sottolineato – non è "soltanto" la «tessera elettorale» necessaria per votare alle elezioni, ma assolve alla funzione *generale di documento d'identità* dei cittadini: di qui la grande importanza (e delicatezza) di questo compito dell'*Instituto*; *2*) la *registrazione dei partiti politici e delle associazioni politiche* – nazionali e locali – ed il *controllo delle loro attività*, in particolare (ma non solo) ai fini della loro *ammissione alle competizioni elettorali*, sia nazionali che locali: in questo ambito l'*I.N.E.* è anche competente ad irrogare a tali soggetti politici le sanzioni per l'eventuale violazione delle norme che regolano la loro attività; 3) l'*organizzazione delle consultazioni elettorali*, a partire dalla fissazione preliminare degli «*standards*» organizzativi dei procedimenti elettorali (al fine di conformarli ai principi democratici) e dall'*ammissione dei candidati* (oltre che dei partiti di cui al punto precedente), fino alla dichiarazione dei *risultati* delle elezioni stesse; *4*) l'*informazione* e l'*assistenza e consulenza giuridica ai cittadini in materia elettorale*, con riferimento, in particolare, ai ricorsi ed agli altri *strumenti di tutela* dei diritti politico- elettorale da essi esperibili; *5*) come già accennato, la *decisione in prima istanza* su alcuni tipi di ricorsi presentati dagli elettori in relazione al procedimento ed ai risultati elettorali (le decisioni dell'*I.N.E.*, in tal caso, sono impugnabili davanti al *Tribunal Electoral*); *6*) lo sviluppo delle azioni relative alla *protezione dei dati personali* dei cittadini ed alla tutela del loro *diritto di accesso* alle informazioni pubbliche – con particolare riferimento all'attività dei partiti politici e degli organi di giustizia elettorale –, in chiave di realizzazione del principio democratico di *trasparenza*; *7*) infine (*in aggiunta* a tali compiti propriamente «istituzionali»), la «*comunicazione sociale*» e la «*promozione della cultura civica*» e della tutela dei diritti all'interno della società messicana.

A dimostrazione dell'ampiezza e dell'importanza del ruolo dell'*I.N.E.* nell'ordinamento elettorale, ma più in generale nel *sistema istituzionale* e nel *dibattito pubblico* del Messico di oggi, si considerino questi dati: in sei anni dalla sua istituzione l'*I.N.E.* ha organizzato ben 198 consultazioni elettorali, tra cui un'elezione del Presidente e tre del Parlamento federale (tutte le altre sono elezioni locali); queste elezioni hanno comportato, tanto a livello nazionale quanto a livello locale, un rilevante aumento dell'*alternanza politica*, il che – nel contesto messicano – viene ritenuto indice dell'"impatto" positivo esercitato in concreto dall'attività di controllo e di informazione/sensibilizzazione in materia elettorale svolta dall'*Instituto*[46].

In definitiva: se il *Tribunal Electoral*, come abbiamo visto, è la "cuspide" dell'attuale sistema di giustizia elettorale messicano – il suo "organo di vertice", competente a «d*ecidere*»

45 V., al riguardo, anche l'apposita sezione del sito web istituzionale dell'*Instituto*: https://www.ine.mx/que-hace-el-ine/.

46 Questi dati e considerazioni sono tratti dall'intervento di Lorenzo Cordova Vianello (Presidente dell'I.N.E.) nel Seminario dal titolo *«INE: de donde venimos y hacia donde vamos»*, svoltosi a Città del Messico, presso l'I*nstituto de Estudios para la Transicion Democratica (I.E.T.D.)*, il 25 gennaio 2020, al quale ho partecipato.

in ultima istanza –, l'*I.N.E*. ne è il vero "baricentro". Ed è assai significativo, dall'angolo visuale dello studioso di diritto costituzionale italiano, che tale ruolo centrale in materia elettorale venga attribuito ad un organo del tutto *indipendente dal Governo* (e, più in generale, dalla politica). In Italia, infatti, la maggior parte delle competenze dell'*I.N.E*. – e nello specifico, quelle riguardanti il procedimento elettorale e l'organizzazione delle elezioni – è esercitata dal *Ministero dell'Interno*, organo proprio del Governo; né tali competenze, almeno per quanto concerne le elezioni del Parlamento nazionale, sono suscettibili di *controllo* da parte di organi giurisdizionali, come pure avviene in Messico.

E' opportuno ricordare ancora, ai fini della presente ricostruzione generale, che – essendo il Messico uno Stato *federale* – ai sensi degli artt. 116, paragrafo IV-d), e 122, paragrafo VII, della Costituzione ciascuno Stato, nell'esercizio della sua autonomia, stabilisce il *proprio* sistema «locale» di procedimenti elettorali e di mezzi d'impugnazione in materia, nonché gli *organi* – amministrativi e giurisdizionali – deputati ad esaminarli. Attualmente vi sono quindi, nell'ordinamento messicano, *trentuno* sistemi di giustizia elettorale (compreso quello di Città del Messico – una delle metropoli più popolose del mondo –, che costituisce un'entità federale autonoma). Peraltro, in seguito alla citata riforma costituzionale del 2014 che ha creato l'*I.N.E*., è in atto, secondo la dottrina, un processo di «centralizzazione della funzione elettorale»: esso si estrinseca, in particolare, nel fatto che i «*Consejeros Electorales*» ed il «*Consejero Presidente*» degli organismi elettorali «locali» sono designati (previo concorso pubblico) dal «Consiglio Generale» dell'*I.N.E*., e che i membri dei Tribunali elettorali «locali» sono eletti dal Senato federale (con una maggioranza qualificata di due terzi). Inoltre l'*I.N.E*. ha il potere di «avocare» (a livello «centrale» quindi) le funzioni degli organi «locali» in materia elettorale o di sostituirsi ad essi nell'adozione di specifiche decisioni[47], con un voto a maggioranza qualificata di otto undicesimi del «Consiglio Generale». In ogni caso, i provvedimenti delle Autorità elettorali «locali» (come si è già accennato) sono tutti impugnabili davanti al *Tribunal Electoral del Poder Judicial*, a seconda dei casi dinanzi alla «*Sala Superior*»[48] o alla «*Sala Regional*» competente per territorio[49].

Ricapitolando dunque (e per concludere l'esame del sistema messicano di giustizia elettorale) i principali *mezzi d'impugnazione* in materia elettorale esperibili oggi dai cittadini, dai candidati o dagli altri soggetti legittimati, essi sono[50]: 1) il «*recurso de revision*», nei confronti degli atti o delle «omissioni» dell'*I.N.E*., proponibile davanti all'organo gerarchico superiore dello stesso *I.N.E*.; *2*) il «*recurso de apelacion*», nei confronti principalmente di alcuni

47 Per esempio, sulla capacità elettorale dei cittadini, sul "disegno" dei collegi elettorali, sulle liste degli elettori e dei candidati.

48 In particolare, risultati delle elezioni dei Governatori statali.

49 Per quanto precede v. J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., 143 ss.

50 V. anche, al riguardo, la tabella comparativa dei mezzi d'impugnazione in materia elettorale degli ordinamenti dell'America Latina pubblicata in J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., 359 ss. (il Messico è a pagina 371).

provvedimenti dell'I.N.E., proponibile davanti alla «*Sala Superior*» o alle «*Salas Regionales*» del *Tribunal Electoral del Poder Judicial*; *3*) il «*procedimento especial sancionador*», nei confronti delle sanzioni in materia politico- elettorale irrogate dall'*I.N.E*. o da altre Autorità competenti, proponibile davanti alla «*Sala Regional Especializada*» del *Tribunal Electoral* (ricordata in precedenza); 4) il «*juicio de inconformidad*», nei confronti dei risultati delle elezioni del Presidente e dei membri del Parlamento (deputati e senatori), esperibile, rispettivamente, davanti alla «Sala Superior» o alle «*Salas Regionales*» territorialmente competenti del *Tribunal Electoral*; *5*) il «*recurso de reconsideracion*», nei confronti delle decisioni sul «*juicio de inconformidad*» delle elezioni dei membri del Parlamento, proponibile davanti alla «*Sala Superior*» del *Tribunal Electoral*; 6) il «*juicio para la proteccion de los derechos politico-electorales del ciudadano*», nei confronti degli atti di approvazione delle liste elettorali e degli atti lesivi dei *diritti politico- elettorali dei cittadini* (in particolare, diritto di elettorato attivo e passivo e di libera associazione politica), esperibile davanti alla «*Sala Superior*» o alle «*Salas Regionales*» del *Tribunal Electoral*, a seconda dei casi; *7*) il «*juicio de revision constitucional electoral*», nei confronti degli atti e delle decisioni delle Autorità elettorali «*locali*», esperibile davanti alla «*Sala Superior*» o alle «*Salas Regionales*» del *Tribunal Electoral*, a seconda dei casi; *8*) la «*revision*», nei confronti delle decisioni dei procedimenti sanzionatori contro i partiti politici e delle «misure cautelari» relative alla comunicazione radiotelevisiva elettorale, esperibile davanti alla «*Sala Superior*» del *Tribunal Electoral*.

5. – Osservazioni finali

Volendo trarre dall'analisi svolta alcune sintetiche (e, per quanto detto all'inizio di questo articolo, "provvisorie") conclusioni di carattere generale, può osservarsi che i due sistemi di giustizia elettorale esaminati – quello italiano e quello messicano – rappresentano "modelli" diversi, ispirati a *logiche e princip*i in gran parte differenti.

Il primo infatti – quello italiano –, come si è visto, è un sistema connotato ancora oggi prevalentemente da una giustizia (o da un «contenzioso») elettorale «*politica*»: le impugnazioni riguardanti l'elezione dei membri del Parlamento sono trattate e decise, in via insindacabile, *dalle stesse Camere*, senza possibilità di intervento di organi diversi (di natura giudiziaria o, come avviene in altri ordinamenti costituzionali, per esempio dell'America Latina, di garanzia costituzionale). La logica alla base di questa impostazione risiede nella volontà di sottrarre ad organi esterni, appunto, al potere politico le decisioni in grado di incidere sulla composizione (e sul conseguente funzionamento) del Parlamento, secondo una concezione «rigida» e tradizionale della separazione dei poteri di matrice liberale ottocentesca.

L'attuale ordinamento messicano invece, come si è visto nell'ultimo paragrafo, esprime

un "modello" di giustizia elettorale chiaramente (e «pienamente»[51]) «*giudiziario*». In esso infatti – al contrario che in Italia – la «decisione finale» sui ricorsi riguardanti lo svolgimento delle elezioni politiche, sia a livello «centrale» (membri delle due Camere e Presidente, nell'ambito di una forma di governo presidenziale) che a livello «locale», è affidata ad un organo *«speciale» appartenente al potere giudiziario:* il *Tribunal Electoral del Poder Judicial.* Questa scelta, sul piano della teoria generale, si giustifica in primo luogo con il principio di supremazia della Costituzione (e dei relativi *diritti politico- elettorali* riconosciuti ai cittadini) tipico dello Stato democratico- costituzionale contemporaneo, che esige che tutti gli atti del potere politico – a partire dalla *formazione/costituzione* degli organi rappresentativi – siano sottoposti al controllo di legittimità (e, in particolare, di costituzionalità) di organi indipendenti dalla politica stessa. In secondo luogo, essa si giustifica con il rilievo della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'«*attività* consistente nel giudicare e nel qualificare le elezioni»: «l'esercizio di tali attribuzioni – si osserva al riguardo – deve essere rimesso ad un organo giurisdizionale, al fine di garantire l'autenticità, la regolarità e la validità delle elezioni»[52].

Queste differenze tra i due sistemi, e la loro rispettiva attuale connotazione, può spiegarsi, tra gli altri fattori, con la diversità dei *contesti politico- istituzionali* dei due Paesi in esame (posto che tutti gli ordinamenti positivi sono, in qualche misura, il "prodotto" di uno *specifico contesto* politico- istituzionale, oltre che sociale, culturale, ecc.).

Da questo punto di vista, va osservato che l'Italia – pur con le sue note peculiarità e debolezze storiche – si colloca in una tradizione europea di matrice liberale. Anche la formazione del suo sistema di «contenzioso»/giustizia elettorale è stata influenzata, dunque, dalla concezione liberale della «*sovranità del Parlamento*»: come dimostra il fatto che l'istituto della «verifica dei poteri» è stato introdotto, durante il periodo statutario (con una soluzione poi trasposta nell'art. 66 della Costituzione del 1948), mutuandolo dall'ordinamento inglese[53].

Dall'altro lato, il Messico, per ragioni storiche ed anche di collocazione geografica, non ha subito un'analoga influenza (almeno, non in termini così netti); esso piuttosto – soprattutto in una fase recente della sua storia, collocabile negli ultimi decenni del Novecento – ha dovuto affrontare il problema del *consolidamento della sua democrazia*, minacciata da vari fenomeni: uno su tutti la corruzione politica (con il connesso "carico" di violenza nel Paese). In questo contesto, come osserva la dottrina messicana, la costruzione di un sistema di giustizia elettorale completo, per certi versi "sofisticato" – si pensi al numero ed alla tipologia dei mezzi d'impugnazione precedentemente ricordati – e, soprattutto, affidato ad organi *indipendenti dalla politica* (*Tribunal Electoral*, ma in particolare, per la sua centralità nel sistema, l'*I.N.E.*) è

51 J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., 100.
52 *Ibidem*, 61 e 142.
53 L. Imarisio, *Ineleggibilità e incompatibilità*, cit., 295.

risultata strumentale alla protezione ed al rafforzamento della democrazia ed all'incremento di tutela dei diritti – in primo luogo *politici* – dei cittadini messicani[54].

Dal punto di vista (invero decisivo) della "resa" dei due sistemi di giustizia elettorale qui considerati – ossia dell'*effettività della tutela dei diritti politico- elettorali* dei cittadini da essi apprestata[55] –, è interessante osservare la differenza di valutazioni che ne viene data "dall'interno": cioè, rispettivamente, dalla dottrina italiana e messicana.

Quanto all'Italia, la prima – pur riconoscendo che «nei primi decenni dell'esperienza repubblicana il sistema delineato dalla Costituzione … non ha … dato luogo a frequenti o eclatanti episodi di distorsioni politiche nell'impiego dello strumento della verifica dei poteri» – oggi manifesta una diffusa insoddisfazione per il "modello" «politico». Essa sottolinea al riguardo che, soprattutto in un contesto di parlamentarismo (più o meno marcatamente) maggioritario, come quello instauratosi in Italia negli ultimi decenni, è necessario «prevenire … i rischi connessi con l'assenza, nel modello vigente, di *adeguate garanzie in ordine alla verifica delle elezioni per la posizione dei componenti dell'opposizione parlamentare*. L'adozione di un sistema implicante, anche in forma successiva ed eventuale rispetto al giudizio interno, l'intervento di un *controllo di tipo giurisdizionale* – si conclude di conseguenza – appare … maggiormente conforme agli attuali assetti ed equilibri politico- istituzionali dell'ordinamento» italiano[56].

Invece, per quanto riguarda il sistema di giustizia elettorale del Messico, la dottrina messicana esprime – in modo concorde – un giudizio ampiamente positivo. In proposito è stato affermato, emblematicamente, che «il passaggio da un sistema di giustizia elettorale affidato principalmente ad un organo legislativo o politico … ad un altro di natura giurisdizionale (in poco più di trent'anni, a partire dall'istituzione del primo *Tribunal Electoral*) ha comportato un *cambiamento nella cultura giuridica e politica* che si è consolidato rapidamente …, permettendo la formazione di un autentico sistema integrale di giustizia elettorale *in grado di garantire lo svolgimento di elezioni (tanto federali quanto locali) libere, autentiche e periodiche, strettamente vincolate alla Costituzione e alla legge*»[57]. Per questo motivo vengono guardati con sospetto, se non apertamente criticati, i tentativi della politica (ricorrenti soprattutto nell'ultimo periodo) di intervenire sull'ordinamento vigente, per esempio modificando il sistema di nomina dei Consiglieri e del Presidente dell'I.N.E., eliminando gli organi elettorali «locali» oppure

54 Come ha affermato Lorenzo Cordova Vianello (Presidente dell'*I.N.E.*) nel già ricordato Seminario *«INE: de donde venimos y hacia donde vamos»* del 25 gennaio 2020, «le riforme istituzionali e la domanda di democrazia da parte dei cittadini hanno condotto gradualmente ad un sistema politico più inclusivo, aperto e democratico»; soprattutto le riforme dopo il 1996 (cfr. supra, § 4) hanno inteso «rafforzare l'equità nella competizione elettorale e consolidare gli strumenti, i processi e le pratiche» della giustizia elettorale.

55 Aspetto che, beninteso, richiederebbe un'analisi ben più approfondita e circostanziata di quella che ho svolto fino a questo momento.

56 Per quanto precede, L. Imarisio, *Ineleggibilità e incompatibilità*, cit., 296 e 299 (corsivi miei).

57 Così J. Orozco Henriquez, *Justicia electoral comparada*, cit., 149 (corsivi miei). Per alcuni esempi di recenti decisioni giudiziarie che, per la dottrina, hanno contribuito a questo risultato v. F.A. Fuentes Barrera – P. Salazar Ugarte (cur.), *Memoria del I Conversatorio de Sentencias Relevantes en Materia Electoral*, Mexico, U.N.A.M.- T.E.P.J.F., 2019.

attraendo dall'I.N.E. stesso al Governo la competenza relativa al rilascio del «*padròn electoral*», che, come si è visto, funge da vero e proprio documento d'identità dei cittadini[58].

In effetti, anche alla luce di tali concordi valutazioni degli studiosi di diritto elettorale italiani e messicani, la soluzione «giurisdizionale» circa la conformazione del sistema di giustizia elettorale (intendendosi per tale, come detto sopra, quella che affida ad organi di natura giurisdizionale almeno la «decisione ultima» sui ricorsi contro gli atti ed i risultati delle elezioni) sembra preferibile: essa pare più coerente con i principi dell'odierno Stato democratico *costituzionale*. In questa prospettiva, dovrebbe essere l'ordinamento italiano ad "avvicinarsi" a quello messicano; non viceversa. L'istituzione di un organo giurisdizionale ad hoc, «speciale», esclusivamente competente ad esaminare le impugnazioni contro le delibere del Parlamento riguardanti la «verifica dei poteri» e la conseguente assegnazione dei seggi, è senza dubbio un'utile suggestione (forse più che l'affidamento dei compiti amministrativi in materia di elezioni ad un organo autonomo dal potere politico come l'I.N.E., del quale in Italia si avverte meno l'esigenza). Peraltro, considerato (anche qui) lo specifico contesto istituzionale italiano e i delicati rapporti tra potere giudiziario e politica che lo caratterizzano, si potrebbe riflettere sull'opportunità di attribuire tale competenza, più che appunto ad un organo *interno* a tale potere, ad un soggetto autonomo da entrambi e con competenze tipiche *di garanzia costituzionale*, come la Corte Costituzionale (nella sua composizione ordinaria o forse meglio, in alternativa, attraverso una sua sezione "distaccata").

Bibliografia

C.E. Arenas Batiz – J. Orozco Henriquez, Derecho electoral, in Enciclopedia Juridica Mexicana, Mexico, Porrùa- U.N.A.M., 2002, vol. IX

F. Bailo, Capacità elettorale e Costituzione, Napoli, Jovene, 2015

V. Bazan, Control de las omisiones incostitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americana y europea, Mexico, T.E.P.J.F., 2017

R. Bin, "Zone franche" e legittimazione della Corte, in Forum dei Quaderni costituzionali, 5 maggio 2014

R. Bin, La Corte Costituzionale può introdurre con una sentenza il ricorso diretto di costituzionalità delle leggi?, in laCostituzione.info, 13 gennaio 2017

E. Catelani – E. Donati – M.C. Grisolia (cur.), La giustizia elettorale, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013

M. Cerase, Sviluppi e contrasti in tema di verifica dei poteri, in Diritto pubblico, 2004,

58 Queste proposte sono state criticate, per esempio, nel ricordato Seminario «*INE: de donde venimos y hacia donde vamos*» del 25 gennaio 2020, in quanto comporterebbero un arretramento del modello di giustizia elettorale messicano, con particolare riferimento al principio di autonomia degli organi elettorali.

662 ss.

H.A. Concha Cantù – S. Lopez Noriega, La (in)justicia electoral a examen, Mexico, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Juridicas, C.I.D.E., 2016

L. Cordova Vianello – P. Salazar Ugarte, Democracia sin garantes. Las autoridades vs. la reforma electoral, Mexico, U.N.A.M., 2009

L. Cordova Vianello – P. Salazar Ugarte (cur.), Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo, Mexico, T.E.P.J.F., 2008

G. D'Amico, Azione di accertamento e accesso al giudizio di legittimità costituzionale, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018

M. D'Amico – S. Catalano (cur.), Prime riflessioni sulla "storica" sentenza 1 del 2014 in materia elettorale, Milano, Franco Angeli, 2014

L. Elia, Elezioni politiche (contenzioso), in Enciclopedia del diritto, Milano, Giuffrè, 1965, vol. XIV, 748 ss.

G. Ferri (cur.), Corte Costituzionale e leggi elettorali delle Camere, Napoli, E.S.I., 2017

H. Fix- Zamudio, Justicia constitucional y judicializacion de la politica, in J. Orozco Henriquez (cur.), Sistemas de justicia electoral. Evaluacion y perspectivas, Mexico, I.F.E.- P.N.U.D.- U.N.A.M.- I.F.E.S.- I.D.E.A.- T.E.P.J.F., 2001

F.A. Fuentes Barrera – P. Salazar Ugarte (cur.), Memoria del I Conversatorio de Sentencias Relevantes en Materia Electoral, Mexico, U.N.A.M.- T.E.P.J.F., 2019

E. Grosso, Riformare la legge elettorale per via giudiziaria? Un'indebita richiesta di 'supplenza' alla Corte Costituzionale, di fronte all'ennesima disfatta della politica, in Rivista AIC, n. 4/2013

L. Imarisio, Ineleggibilità e incompatibilità politico- istituzionali, Napoli, Jovene, 2008

L. Lara Sàenz, Estudio de derecho comparado sobre lo contencioso y la jurisprudencia electoral en Italia, in Aa.Vv., El contencioso y la jurisprudencia electorales en el derecho comparado. Un estudio sobre 21 paises de América y Europa, Mexico, T.E.P.J.F., 2006

E. Lehner, Le garanzie dei diritti elettorali, Roma, Aracne, 2012

E. Lehner, Il diritto di voto dopo la conquista della "zona franca", in Giurisprudenza costituzionale, n. 1/2014, 54 ss.

M. Luciani, Bis in idem: la nuova sentenza della Corte costituzionale sulla legge elettorale politica, in Rivista AIC, n. 1/2017

M. Manetti, L'accesso alla Corte costituzionale nei procedimenti elettorali, in A. Anzon – P. Caretti – S. Grassi (cur.), Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale, Torino, Giappichelli, 2000, 136 ss.

D. Nohlen – L. Valdés – D. Zovatto (cur.), Derecho electoral latinoamericano. Un

enfoque comparativo, Mexico, F.C.E. – U.N.A.M.- I.N.E.- I.I., 2019

J. Orozco Henriquez, El sistema interamericano y la proteccion de los derechos politicos, in Id., Proteccion a los derechos humanos. Perspectivas nacionales e interamericanas, Mexico, Porrùa- U.N.A.M.- El Colegio Nacional- Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2018

J. Orozco Henriquez, Justicia electoral comparada de América Latina, Mexico, U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Juridicas, 2019

G. Piccirilli, Contenzioso elettorale politico e verifica dei poteri: riflessioni sulla effettività delle tutele procedimentali, in Rassegna parlamentare, 2006, 788 ss.

G. Sobrino, Il problema dell'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale della legge elettorale alla luce delle sentenze n. 1/2014 e n. 35/2017 e le sue possibili ricadute: dalla (non più tollerabile) "zona franca" alla (auspicabile) "zona a statuto speciale" della giustizia costituzionale?, in federalismi.it, n. 15/2017

L. Spadacini, Regole elettorali e integrità numerica delle Camere. La mancata assegnazione di alcuni seggi alla Camera nella XIV legislatura, Brescia, Promodis Italia editrice, 2003

A. Vuolo, La legge elettorale. Decisione politica, controllo, produzione giurisprudenziale, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017

N. Zanon, Il controllo di costituzionalità sulle leggi elettorali politiche in Italia. Aspetti processuali (sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017), in www.cortecostituzionale.it

SOBRE O AUTOR:

Giorgio Sobrino é doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino. É pesquisador de Direito Constucional junto à Università degli Studi di Torino e advogado. É autor de Il Ministro della Giustizia ed i Poteri dello Stato. Vicende e prospettive di una collocazione problematica (ESI, 2015), dentre outros textos.

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

TRADUÇÃO

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

DEPOIS DE CEM ANOS DE SOLIDÃO: O REENCONTRO ENTRE A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A ARBITRAGEM

AFTER ONE HUNDRED YEARS OF SOLITUDE: THE RE-ENCOUNTER OF INTERNATIONAL LABOR PROTECTION AND ARBITRATION

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

DEPOIS DE CEM ANOS DE SOLIDÃO: O REENCONTRO ENTRE A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A ARBITRAGEM[1]

AFTER ONE HUNDRED YEARS OF SOLITUDE: THE RE-ENCOUNTER OF INTERNATIONAL LABOR PROTECTION AND ARBITRATION[2]

MANUEL ALEJANDRO GOMEZ
Florida Int'l. University
magomez@fiu.edu
https://orcid.org/0000-0003-3780-5876

"Muchos años después, frente al pelotón de fusilamiento, el coronel Aureliano Buendía había de recordar aquella tarde remota en que su padre lo llevó a conocer el hielo."
(Gabriel García Márquez, Cien años de soledad)

Resumo:

Este artigo explora a inter-relação entre dois importantes sistemas jurídicos: proteção do trabalho internacional e arbitragem internacional. Seu objetivo é destacar seu possível alinhamento e capacidade de se complementarem, apesar de terem seguido trajetórias independentes durante a maior parte de sua história institucional e de sua aparente contradição. Como explicado neste artigo, a institucionalização da proteção internacional do trabalho e da arbitragem internacional têm origem comum. Ambas as ideias foram promovidas durante os esforços de construção da paz após o fim da Primeira Guerra Mundial como parte de uma nova forma de governança internacional destinada a promover o desenvolvimento econômico, a justiça social e, sobretudo, a paz mundial. Este artigo também demonstra que o advento da globalização no final do século XX serviu como um catalisador para a convergência entre a arbitragem e a proteção internacional do trabalho. A arbitragem internacional vem ganhando relevância para organizações não governamentais (ONGs), sindicatos globais (USGs) e outros órgãos da sociedade civil. A arbitragem internacional tem o potencial de

1 Traduzido por AGUIAR, Nathalia Vicentini; BELOTO, Antony Augusto Corrêa; FERREIRA, Guilherme Meirelles Pires; MANZATTO, Ana Claudia; MOURA, André Quartarolla; VAZ, Thiago Henrique Bueno. Revisão técnica de PONTES, José Antonio Siqueira.

2 Reconhecemos a publicação original do presente artigo na Revista Derecho Social y Empresa, disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7570917 e agradecemos ao autor pela licença de publicação em português. We acknowledge the original publication of the present article in the Revista Derecho Social y Empresa, available at https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7570917 and thank the author for the license to publish it in portuguese.

contribuir para a justiça, cumprindo as normas internacionais de trabalho e outros princípios cuja implementação não é possível através de mecanismos tradicionais.
PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional do trabalho, OIT, Arbitragem Internacional, Globalização, Resolução de Disputas

Abstract:
This article explores the interplay between two important legal regimes: international labor protection and international arbitration. It aims to underscore their potential alignment and ability to supplement each other, despite having followed independent trajectories during most of their institutional history and being generally perceived to be at odds. As this article explains, the institutionalization of international labor protection and international arbitration have a common origin. Both ideas were promoted during the peace building efforts undertaken in the aftermath of the First World War as part of a new form of international governance geared to advance economic development, social justice, and above everything, world peace. This article also shows that the arrival of globalization toward the end of the 20th century, served as a catalyst for international arbitration and international labor to converge, or at least, to get closer to each other. International arbitration has become increasingly relevant to non-governmental organizations (NGOs), global union federations (GUFs), and other civil society actors, and has the potential for helping to deliver justice by ensuring compliance with International Labor Standards and other principles that cannot be enforced through traditional means.
KEYWORDS: International Labor Standards, ILO, International Arbitration, Globalization, Dispute Resolution

RESUMEN:
Este artículo explora la interrelación entre dos ordenamientos jurídicos importantes: la protección internacional del trabajo y el arbitraje internacional. Su objetivo es resaltar la posible alineación y capacidad de complementarse que tienen entre sí, a pesar de haber seguido trayectorias independientes durante la mayoría de su historia institucional y de su aparente contrariedad. Tal como se explica en este artículo, la institucionalización de la protección internacional del trabajo y del arbitraje internacional tienen origen común. Ambas ideas fueron promovidas durante los esfuerzos de construcción de paz luego del fin de la primera guerra mundial como parte de una nueva forma de gobernanza internacional dirigida a promover el desarrollo económico, la justicia social y sobre todo la paz mundial. Este artículo también demuestra que la llegada de la globalización a finales del siglo veinte sirvió de catalizador para la convergencia entre el arbitraje y la protección internacional del trabajo. El arbitraje internacional ha venido adquiriendo relevancia para las organizaciones no gubernamentales (ONG), las uniones sindicales globales (USG) y otros entes de la sociedad civil. El arbitraje internacional tiene el potencial de

contribuir a impartir justicia mediante el cumplimiento de los estándares laborales internacionales y otros principios cuya ejecución no es posible a través de los mecanismos tradicionales.

PALABRAS CLAVE: Estándares Laborales Internacionales, OIT, Arbitraje Internacional, Globalización, Resolución de Conflictos

I. INTRODUÇÃO: DO NASCIMENTO À GLOBALIZAÇÃO NOS MUNDOS DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Este artigo explora a interação entre dois importantes regimes jurídicos: a proteção internacional do trabalho e a arbitragem internacional. O seu objetivo é destacar potenciais pontos de convergência entre eles, bem como a possibilidade de se complementarem reciprocamente, apesar de terem percorrido trajetórias independentes durante a maior parte de sua história institucional e de serem vistos, frequentemente, como conflitantes. Curiosamente, a institucionalização da proteção internacional do trabalho e da arbitragem internacional tem uma origem comum. Ambas as ideias foram promovidas durante os esforços de construção de paz empreendidos após a Primeira Guerra Mundial, como parte de uma nova forma de governança internacional voltada para o desenvolvimento econômico, a justiça social e, acima de tudo, a paz mundial[3]. O ponto de partida deste processo foi a assinatura do Tratado de Versalhes e as ações subsequentes que aconteceram do ano de 1919 em diante. Por meio desses esforços, os aliados ocidentais buscaram reconectar os fundamentos políticos, econômicos e sociais de uma nova ordem global.

No caso do trabalho internacional, a criação de uma Organização Permanente para a Promoção da Regulamentação Internacional das Condições de Trabalho (posteriormente renomeada Organização Internacional do Trabalho, ou OIT) foi expressamente incorporada ao Tratado de 1919[4] . No que diz respeito à arbitragem internacional, o estabelecimento de um Tribunal de Arbitragem pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) ocorreu em 1923. No entanto, a própria CCI foi lançada em 1919, poucos meses após a fundação da OIT, pelos delegados da Conferência de Comércio Internacional realizada em *Atlantic City*[5] . Durante o restante do século 20, essas duas grandes organizações internacionais, a OIT e a CCI, adotaram suas próprias estruturas, desenvolveram distintas identidades institucionais e perseguiram suas próprias agendas. Apesar de terem sido movidas pelos mesmos desejos de promover o

3 PHELAN, E., "The Contribution of the ILO to Peace", *International Labour Review*, vol. 59, 1949, p. 607.
4 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE, *The Labour Provisions of the Peace Treaties*, ILO, Geneva, 1920.
5 CHAMBER OF COMMERCE OF THE U.S, *International Trade Conference*, 1919, p. 470.

desenvolvimento e a paz global, elas acabaram seguindo caminhos totalmente diferentes e, frequentemente, foram percebidas como instituições que atendiam públicos diferentes.

A chegada da globalização ao final do século 20, serviu como um catalisador para a convergência entre a arbitragem internacional e o trabalho internacional, ou, pelo menos, para aproximá-los. A globalização teve um impacto direto no fluxo de capital, tecnologia e trabalho[6] e, indiretamente, em quase todas as outras atividades humanas. Em termos gerais, a globalização tem sido descrita, normalmente, como um fenômeno providencial para o processo de eliminação de barreiras nacionais. Sua principal promessa é promover um fluxo sem precedentes de comércio, progresso e informações. Mais acesso, supostamente significa mais riqueza e igualdade para mais pessoas. A ironia, entretanto, é que um mundo com pouca ou nenhuma barreira também se tornou um mundo exposto a uma série de danos *globais* de proporções únicas. Estes variam desde terrorismo e tráfico de drogas até poluição ambiental e abusos contra direitos humanos. Além disso, o fluxo sem precedentes de pessoas e bens entre os países também facilitou, incrivelmente, a propagação de doenças. Talvez o exemplo mais vívido disso seja a pandemia do COVID-19, que se espalhou pelo mundo em menos de dois meses. No momento em que este artigo foi escrito (maio de 2020), a pandemia ceifou a vida de centenas de milhares de pessoas em todo o mundo, custou trilhões de dólares à economia global - em países como os EUA - e também causou o pior nível de desemprego desde a Grande Depressão[7]. Todas as projeções indicam que a situação tende a piorar, deixando um impacto duradouro nas redes globais de suprimentos[8] e, obviamente, na proteção internacional do trabalho.

Por outro lado, a perspectiva de uma erosão das fronteiras nacionais tem sido interpretada por alguns como uma ameaça às suas próprias ideias de cultura, identidade e segurança. Como resultado, as últimas décadas também viram uma onda de sentimentos ultranacionalistas, radicais e xenófobos em diferentes partes do mundo. Em resposta, atores públicos e privados lideraram ou participaram de inúmeros esforços regulatórios, que vão desde tratados internacionais e leis domésticas, até normas da indústria e práticas informais. Embora tais ações tenham produzido alguns resultados positivos, ainda há áreas em que o sistema jurídico não conseguiu oferecer soluções aceitáveis. Nesse sentido, há uma carência, em particular, na fiscalização do cumprimento dessas normas, devido a falta de um mecanismo confiável para este fim. O atual estado de coisas também gerou críticas sobre a legitimidade e eficácia dos regimes tradicionais de proteção transnacional do trabalho, o que, obviamente, inclui a OIT. É neste contexto de

6 GIDDENS, A., Runaway World: How Globalization is Reshaping Our Lives, Routledge, 1999.

7 RUSHE, D., "US job lossess have reached Great Depression levels. Did it have to be that way?", *The Guardian*, 9 de maio de 2020 https://www.theguardian.com/world/2020/may/09/coronavirus-jobs-unemployment-kurzarbeit-us-europe acessado em 24 de maio de 2020.

8 CALVER, D., "How to Keep Supply Chains Reliable When the World's Upended", Insights by Stanford Business, 28 de maio de 2020, https://www.gsb.stanford.edu/insights/how-keep-supply-chains-reliable-when-worlds-upended acessado em 30 de maio de 2020.

globalização, com seus respectivos altos e baixos, que a proteção internacional do trabalho e a arbitragem internacional podem encontrar um terreno comum. Um fator que está contribuindo para isso é a expansão da arbitragem internacional para além do reino das disputas comerciais e sua maior utilização por governos, organizações internacionais e organizações da sociedade civil, ao invés de ser utilizada apenas por empresas com o perfil tradicional.

Durante o século que passou desde a sua criação em 1919, a OIT tem empreendido esforços significativos – com variados graus de sucesso – para melhorar os padrões de trabalho ao redor do mundo e para ajudar na formação de mercados de trabalho nacionais regulados[9]. A organização tem se empenhado em cumprir seus objetivos através de um sistema de Normas Internacionais do Trabalho (NIT) contidas em instrumentos jurídicos vinculantes e não vinculantes, respectivamente denominados Convenções e Recomendações, os quais definem os princípios e direitos básicos do trabalho[10]. A atual estrutura normativa da OIT é composta de 189 Convenções e 205 Recomendações. O nível geral de aceitação das NIT é relativamente alto, mas a sua capacidade coercitiva é fraca. A conformidade com as NIT, em tese, depende de três mecanismos, a saber, "promoção e supervisão, assistência técnica e reclamações e sanções"[11] . Entretanto, na realidade, quando uma das partes falha em cumprir com as suas obrigações, a possibilidade de aplicação de sanções é pequena ou nula.

A OIT tem confiado amplamente na percepção de sua legitimidade, sendo que esta deriva em parte da sua condição de agência das Nações Unidas, e também da sua estrutura tripartite. Esta última característica significa que governos, empregadores e representantes dos trabalhadores têm participação igual na promulgação e implementação de normas e políticas globais. No tocante à especificidade do seu protagonismo, durante a segunda metade do século XX, a OIT se tornou uma espécie de agência de desenvolvimento ao alterar a sua forma de atuação e passar a oferecer aconselhamento e se envolver em ações de cooperação técnica com seus membros. A legitimidade universal da agência se consolidou ainda mais, quando, em 1969, o comitê do Nobel premiou-a com o prestigioso Nobel da Paz, como reconhecimento dos seus esforços na "promoção da fraternidade entre nações e por assegurar a justiça social"[12]. Hoje, a ILO tem 187 estados membros, o que comprova o amplo apoio governamental ao redor do mundo à sua missão.

Inobstante a esses apoios significativos, a OIT tem sido também sujeita à críticas de alguns, por "travar a divisão internacional do trabalho, em benefício de países capitalistas

9 STANDING, G., "The ILO: An Agency for Globalization?", Development and Change, vol. 39(3), 2008, p. 355.

10 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, *Rules of the Game: An Introduction to the Standards-Related Work of the International Labour Organization*, OIT, Geneva, 2019.

11 ALLAN, K., "A 'Stick' in the World of 'Sunshine and Carrots': Using Binding Arbitration in Global Framework Agreements to Regulate Labour Standards and Multinational Corporations in Global Supply Chains", Victoria University of Wellington, 2018, p. 35.

12 UN. Nobel Peace Prize. https://www.un.org/en/sections/nobel-peace-prize/international-labor-organization-ilo/index.html acessado em 22 de maio de 2020.

ricos”[13] , por permitir a erosão de sua representação tripartite, por se tornar politizada, por fracassar em manter o devido processo e por não proteger os direitos humanos. Na verdade, foi precisamente por causa de algumas dessas alegações que os Estados Unidos da América (EUA) decidiram suspender suas contribuições e se retirar da organização em 1975[14]. Apesar disso, os EUA retornaram à organização cinco anos depois, embora a OIT tenha continuado a sofrer algumas reprimendas por não ser capaz de atingir os seus objetivos. Considerando a grande relevância do debate acerca da proteção internacional do trabalho, as críticas dirigidas à OIT não estão imunes aos interesses geopolíticos e econômicos. De todo modo, o objetivo desse artigo não é emitir juízos ou avaliar a performance da OIT durante seu primeiro século de existência. Ademais, as complicações do atual estado de coisas em matéria de proteção internacional do trabalho são tamanhas, que nenhuma solução para os problemas contemporâneos nessa área deveria repousar sobre os ombros de apenas uma entidade. Um problema específico que a arbitragem internacional poderia ajudar a resolver é a falta de um mecanismo transnacional dotado de capacidade coercitiva para solucionar disputas relacionadas à conformidade com as normas internacionais do trabalho de uma forma mais efetiva.

O restante desse artigo examinará mais de perto a estrutura contemporânea da arbitragem internacional, assim como suas expansões para além da realidade das disputas comerciais (Seção II). Além disso, este artigo abordará a evolução da proteção internacional do trabalho, com especial foco nos desafios de se fazer cumprir as normas internacionais do trabalho e as possibilidades oferecidas pela arbitragem internacional (Seção III).

II. ALÉM DA CCI: EVOLUÇÃO E MUNDANÇA NO MUNDO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A ideia de constituir um árbitro para decidir um conflito entre duas ou mais partes é muito antiga, chegando até mesmo a preceder a existência de tribunais oficiais[15]. Mesmo após o Estado Moderno reivindicar o monopólio da administração da Justiça – obviamente uma ficção –, a arbitragem continuou a ser utilizada por incontáveis pessoas como um meio preferencial, ou mesmo, exclusivo, de resolução de conflitos. Comunidades constituídas por características étnicas, religiosas ou unidas por outros fatores de coesão social são conhecidas por preferirem

13 STANDING, G., *cit*. p. 357.

14 A intenção dos EUA de se retirar da OIT foi comunicada pelo Secretário de Estado Kissinger ao Diretor-Geral da OIT, Francis Blanchard, em 5 de novembro de 1975, mas entrou em vigor somente dois anos depois, de acordo com a Constituição da OIT. Ver, KISSINGER, H., “Letter dated 5 November 1975 from Mr. Henry A. Kissinger, Secretary of State of the United States of America, to Mr. Francis Blanchard, Director of the International Labour Organization”, *International Legal Materials* 14, 1975, p. 1582-84.

15 TOD, M., *International Arbitration Amongst the Greek*, Clarendon Press, Oxford, 1913.

a arbitragem a qualquer outro meio[16]. Comerciantes de diferentes partes do mundo fizeram uso dela por séculos[17]. A outorga de poderes a um tomador de decisão escolhido pelas próprias partes litigantes, cuja decisão tenha por fundamento um conjunto específico de regras e princípios aplicados por meio de um procedimento célere e privado, pode ser mais atrativo do que o mais eficiente Poder Judiciário. Existem, é claro, alguns importantes valores na tutela judicial[18]; mas a perspectiva de uma justiça feita sob medida pode oferecer, para alguns, níveis de legitimidade sem paralelo.

A arbitragem é comumente apresentada como uma "criação contratual"[19], o que basicamente significa que não pode existir sem o acordo das partes. O quão específico ou amplo deve ser esse acordo de vontades, o que pode ou não conter, e quando uma convenção de arbitragem deve ser reputada válida são questões que têm tomado a atenção dos sistemas legais contemporâneos nas últimas décadas. O aumento na popularidade da arbitragem – tanto na forma doméstica quanto na internacional – ampliou, de forma inevitável, a sobreposição desta em relação às cortes nacionais. Esse fenômeno causou, por sua vez, atritos inevitáveis e debates tanto sobre a matéria quanto sobre as suas regras procedimentais. Um dos problemas mais importantes é aquele relacionado à questão da *arbitragem como contrato* e seus impactos na distribuição de poderes entre juízes e árbitros. No núcleo desse problema estão questões sobre quem tem os poderes – o juiz ou árbitro – para decidir sobre algumas matérias – a despeito da decisão de mérito propriamente dita – como, por exemplo, a possibilidade de submeter a matéria ao juízo arbitral; sobre as controvérsias relacionadas à existência de convenção de arbitragem ou a "claúsula expressa de restrição do remédio legal"[20]. Em alguns países, como os EUA, o debate dividiu tanto a comunidade arbitral quanto os tribunais e chamou a atenção da comunidade acadêmica jurídica[21].

A natureza contratual da arbitragem tem especial importância em disputas que envolvem direitos de consumidores, de empregados e outras relações de trabalho. Nessas áreas, os contratos de adesão são comuns e, por conseguinte, é frequente a preocupação sobre se as partes hipossuficientes (e.g. o empregado ou o consumidor) podem dar o devido consentimento à clausula de arbitragem. O exame acerca da natureza contratual da arbitragem é também relevante para uma análise de uma questão mais ampla, isto é, se a arbitragem deve ou não ser

16 BERNSTEIN, L., "Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions", Michigan Law Review, vol. 99, 2001, p. 1724; GÓMEZ, M., "Precious Resolution: The Use of Intra-Community Arbitration by Jain Diamond Merchants", Belgian Review of Arbitration B-Arbitra, vol. 2, 2013) p. 119.; RICHMAN, B., "How Community Institutions Create Economic Advantage: Jewish Diamond Merchants in New York", Law and Social Inquiry, vol. 31, 2006, p. 383.

17 MOGLEN, E., "Commercial Arbitration in the Eighteenth Century: Searching for the Transformation of American Law", Yale Law Journal, vol. 93, 1983, p. 135.

18 FISS, O., "Against Settlement", Yale Law Journal, vol. 93(6), 1984, p. 1073.

19 FAURE, J., "The Arbitration Alternative: Its Time Has Come", *Montana Law Review*, vol. 46, 1985, p. 199.

20 RAU, A. and BERMANN, G., "Gateway-Schmateway: An Exchange between George Bermann and Alan Rau", *Pepperdine Law Review*, vol. 43(5), 2016, p. 469.

21 HORTON, D., "Arbitration About Arbitration", *Stanford Law Review*, vol. 70, 2018, p. 363.

permitida em situações onde há uma significativa assimetria de poder entre as partes ou quando os direitos envolvidos gozem de maior proteção devido ao seu vínculo com o interesse público. Esse é o motivo por que, no caso particular dos conflitos trabalhistas, alguns ordenamentos jurídicos nacionais imponham restrições à utilização da arbitragem para certos tipos de relação de trabalho e emprego, isso quando não tenham vedando sua prática como um todo[22]. O panorama regulatório nesse campo é também particularmente complexo, em parte, devido às diferenças entre relações coletivas e individuais do trabalho, à proteção concreta de direitos e interesses específicos (e.g. proteção ao trabalho da mulher, do menor de idade, do imigrante) e seus respectivos tipos de conflitos[23].

Embora seja verdade que outros tipos de arbitragem (e.g. comercial) tenham encontrado muito menos resistência, permitindo que elas se expandissem e prosperassem com relativa facilidade, nem sempre os juízes viram a arbitragem como uma alternativa viável ao litígio. Quando a CCI inaugurou sua câmara de arbitragem, ainda havia um sentimento difundido de que a arbitragem era uma tentativa de subtrair a jurisdição dos tribunais[24]. De acordo com essa visão, o monopólio da administração da justiça deveria ser dos tribunais e os indivíduos não poderiam alterar isso por um simples acordo de vontades. Em alguns países, como os EUA, alguns grupos, em sua maioria oriundos do meio corporativo, vinham pressionando pelo reconhecimento legal da arbitragem desde o fim do século XIX, porém o verdadeiro catalizador desse processo foi o fim da Primeira Guerra Mundial.

Como apontado por Szalai, "diversos escritos e discursos, durante e logo após a guerra, conceituavam a arbitragem comercial como parte de um esforço amplo de manutenção da paz"[25]. De fato, o plano para encerramento da guerra elaborado, em 1915, por Charles Bernheimer, um comerciante de algodão nova-iorquino, fora "baseado nos princípios de arbitragem comercial"[26] . O apoio público ao plano de Bernheimer auxiliou a construção de um ambiente propício para a aprovação do Estatuto da Arbitragem do Estado de Nova Iorque, em 1920[27], e da lei federal de arbitragem dos EUA (Federal Arbitration Act - FAA), em 1925[28]. O movimento pró-arbitragem também se beneficiou do descontentamento dos membros do setor empresarial,

22 GUERRERO-ROCCA, G., "*¿Arbitraje Laboral más allá del previsto en la nueva LOPT?*", *Opiniones de la Procuraduría General de la República, Procuraduría General de la República*, Caracas, 2002.; TARASEWICZ, Y. e BOROFSKY, N., "International Labor and Employment Arbitration: A French and European Perspective", *ABA Journal of Labor and Employment Law*, vol. 28(2), 2013, p. 349.

23 BARLETT, A., "Labor Arbitration in the United States and Britain: A Comparative Analysis", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 14, 1983, p. 299.

24 WOLAVER, E., "The Historical Background of Commercial Arbitration", *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 83(2), 1934, p. 132.

25 SZALAI, I., "Modern Arbitration Values and the First World War", *American Journal of Legal History*, vol. 49(4), 2007, p. 355.

26 BERNHEIMER, C., *Peace Proposal: A Business Man's Plan for Settling the War in Europe*, 1915; SZALAI, cit.

27 Leis de Nova Iorque de 1920, capítulo 275, vigente a partir em 19 de abril de 1920.

28 Título 9, US Code, Seções 1-14, entrou em vigor em 12 de fevereiro de 1925 (43 Stat. 883), codificado em 30 de julho de 1947 (61 Stat. 669), e emendado no dia 3 de setembro de 1954 (68 Stat. 1233). O Capítulo 2 (Convenção de Nova Iorque) foi adicionado em 31 de julho de 1970, seções adicionais foram aprovadas no Congresso norte-americano em outubro de 1988 e renumeradas no 1º de dezembro de 1990 (PLs 669 e 702); O Capítulo 3 (Convenção do Panamá) foi adicionada em 15 de agosto de 1990 (PL 101-369).

"cada vez mais insatisfeitos com os longos atrasos e a dificuldade dos tribunais em se apropriar e encontrar soluções para conflitos novos e com maior complexidade técnica, nascidos com a industrialização em larga escala"[29].

A recém aprovada estrutura regulatória deu à arbitragem dos EUA o seu necessário reconhecimento oficial e a efetividade que ela, desesperadamente, necessitava. Talvez as maiores conquistas tenham sido a inclusão de previsões legais que reconheceram a validade, irrevogabilidade e a exequibilidade das cláusulas arbitrais, colocando um fim à prolongada frustração ante a possibilidade das partes obstruírem a cláusula arbitral, mediante a revogação do acordo antes da prolação de uma sentença. O FFA foi inicialmente concebido como um ponto de partida, "uma estrutura legal para tribunais federais darem suporte para um sistema modesto e limitado de resolução privada de conflitos comerciais"[30]. Nada obstante, como foi revelado posteriormente pelos anos de prática jurídica, a Suprema Corte de Justiça deu à FFA, uma interpretação tão extensiva ao ponto de um de seus Ministros lamentar que "ao invés de reafirmar o intento do legislador na interpretação da FAA, a Corte havia construído um 'edifício de sua própria criação'"[31].

Um valioso complemento aos significativos esforços legislativos da década de 1920 foi a criação de instituições arbitrais por membros da comunidade jurídica e empresarial. Uma das mais emblemáticas foi a Associação Americana de Arbitragem (AAA), a qual permanece, até hoje, como uma das mais importantes prestadoras de serviços de resolução de conflitos nos EUA. Em 1996, a AAA criou uma divisão internacional chamada de Centro Internacional para Resolução de Conflitos (ICDR), como parte de seus esforços para expandir seus serviços para diferentes partes do mundo. Até hoje a ICDR tem escritórios na Cidade de Nova York, Cidade do México, Singapura e Barém. Ainda, durante os anos da Primeira Guerra Mundial, o governo dos EUA "sancionou uma organização chamada Conselho Nacional de Trabalho de Guerra ('NWLB`) para lidar com os conflitos relacionados aos esforços de guerra"[32], que ajudou a submeter as Indústrias Americanas à arbitragem em seu próprio solo.

Embora os empresários americanos que conduziram os esforços para legalizar e institucionalizar a arbitragem sejam comumente retratados como pioneiros, algumas de suas ideias vieram da Europa. Registros históricos mostram como uma série de encontros entre empresários franceses e americanos durante 1915 e 1916 despertou o interesse destes em criar um sistema de resolução de conflitos parecido com os tribunais mercantis da França[33]. Empresas

29 SGARD, J., "The International Chamber of Commerce, Multilateralism and the Invention of International Arbitration", *manuscrito não publicado*, 2019, p. 8.

30 SZALAI, I., "Exploring the Federal Arbitration Act through the Lens of History", *Journal of Dispute Resolution*, 2016, p. 115.

31 O'CONNOR, S., *Concurring opinion in Allied-Bruce Terminix Co. v Dobson*, 513 U.S. 265, 283 (1995).

32 SZALAI, 2007, cit.

33 SZALAI, 2007, cit.

estadunidenses também foram submetidas à arbitragem em cidades como Londres e Hamburgo, o que os ajudou a constatar, em primeira mão, as vantagens de um método de resolução de disputas extrajudicial. Sendo assim, com a intensificação das campanhas de promoção da arbitragem nos EUA, aqueles empresários foram capazes de compartilhar suas experiências com seus colegas americanos, e, o mais importante, com os legisladores.

A ligação entre arbitragem e os esforços para promover a paz após a guerra foi importante. Não ajudou apenas a legitimar a CCI, mas também deu a oportunidade de se alinhar com um quase utópico "apelo de alto valor, porém ideologicamente inespecífico"[34]. O papel da CCI durante aqueles primeiros anos não gerou apenas oportunidades de negócios para seus membros. Mais relevante ainda foi o fato de que a organização assumiu um papel de liderança em ajudar a "superar o impasse nos acordos de reparação"[35]. Também ajudou a quebrar barreiras tarifárias e resolver outros problemas importantes que poderiam ajudar a acelerar a economia mundial enquanto contribuía para manter a paz. A influência da CCI em políticas mundiais e seu envolvimento em atividades anteriormente reservadas a diplomatas deram à organização o apelido de *Comerciantes da Paz*[36]. Durante este período, os líderes da CCI foram a força por trás do Protocolo de Genebra de Cláusulas Arbitrais de 1923[37] e da Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927[38]. Muito embora a paz mundial não tivesse sido mantida por muito tempo com outra guerra se iniciando em 1939, as arbitragens internacionais da CCI continuaram a crescer.

Durante a Segunda Guerra Mundial, o tribunal da ICC se mudou brevemente de Paris para Estocolmo, onde continuou a administrar casos, e alguns de seus membros continuaram ativos apesar de seus países estarem envolvidos nos conflitos armados. Diante dos resultados da Segunda Guerra Mundial, a campanha da CCI continuou com a proposta de um tratado que dispusesse sobre sentenças arbitrais internacionais. Em 1958, depois de muitas reviravoltas que vão além do escopo deste artigo, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Convenção para reconhecimento e aplicabilidade de sentenças arbitrais estrangeiras (Convenção de Nova York)[39] , amplamente baseada em uma minuta feita pela CCI alguns anos antes. Ironicamente, apesar do papel de protagonistas desempenhado pelos americanos desde o início da arbitragem internacional e da importância dos britânicos nesta área e no comércio internacional mundial, nem os Estados Unidos nem o Reino Unido estavam entre os apoiadores iniciais do tratado. Na

34 SGARD, cit. p. 12.

35 KELLY, D., "The International Chamber of Commerce", New Political Economy, vol. 10(2), 2005, p. 1.

36 RIDGEWAY, G., Merchants of Peace: *Twenty Years of Business Diplomacy through the International Chamber of Commerce*, 1919-1938, Columbia U. Press, New York, 1938.

37 PROTOCOL ON ARBITRATION CLAUSES, League of Nations, *Treaty Series*, vol. 27, p. 157.

38 MARCHISIO, G., *The Notion of Award in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of French Law, English Law, and the UNCITRAL Model Law*, Kluwer Law International, 2016.

39 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 de junho de 1958, *United Nations Treaty Series*, vol. 330, No. 4739, p. 3.

realidade, na época da adoção do tratado, ambos os países se abstiveram e só ratificaram o tratado em 1970 e 1975, respectivamente[40]. Apesar destes tropeços iniciais, durante as últimas décadas do século 20, a Convenção de Nova York se tornou um dos instrumentos de lei internacional mais importantes e amplamente ratificados do mundo.

Em maio de 2020, o número de Estados participantes da Convenção de Nova York é 163, e o número de processos tratando de sua interpretação e aplicação parece estar constantemente crescendo. A percepção geral é de que a Convenção de Nova York é a espinha dorsal da arbitragem internacional. A força da Convenção é baseada em três componentes chave. O primeiro é seu escopo amplo de aplicação, contido no Artigo I, o qual permite o uso da Convenção para reconhecimento e aplicação das sentenças dadas em tantos tipos diferentes de disputas (e.g. contratual ou não, comercial ou não) quanto cada Estado participante quiser. Essa é uma característica particular da Convenção, que permitiu a expansão da arbitragem internacional além do seu foco convencional em disputas comerciais. O segundo componente principal são as duas obrigações impostas a cada Estado participante e seus tribunais pelos Artigos II e III, tratando de uma presunção que favorece o contrato e a sentença, respectivamente. Mais especificamente, com base no Artigo II, é esperado que cada Estado "reconheça o contrato escrito pelo qual as partes assumem por escrito a obrigação de submeter à arbitragem, por escrito, todos ou quaisquer conflitos". O Artigo III impõe aos tribunais o dever de "reconhecer a sentença arbitral como obrigatória e de aplicá-la". Finalmente, o terceiro pilar da Convenção é a limitação de motivos para se opor ao reconhecimento e aplicação de uma sentença arbitral a apenas sete hipóteses que estão listadas no Artigo V. Como resultado, uma sentença arbitral deve ser executada, "a menos que a parte discordante consiga provar o contrário"[41] ou que o tribunal que a está aplicando tenha seus próprios motivos para declarar que tal disputa não era arbitrável ou que o reconhecimento e aplicabilidade da sentença arbitral violaria o interesse público.

Considerando que os principais agentes por trás da promoção da Convenção de Nova York - e da arbitragem internacional em geral – foram líderes empresariais, não deveria ser surpresa que o crescimento mais significante se deu na área de disputas comerciais. Os esforços realizados durante as últimas décadas para o avanço e proteção da arbitragem comercial são inigualáveis, tanto em nível internacional quanto nacional. Alguns exemplos do primeiro podem ser encontrados nos trabalhos da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL ou a Comissão). Desde a segunda metade do século vinte, a

40 MARTINEZ, R., "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The 'Refusal' Provisions", The International Lawyer, vol. 24, p. 487, 491.
41 MARCHISIO, G., *cit*.

Comissão elaborou uma Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional (1985 e 2006)[42] e definiu Regras de Arbitragem (1976, 2010 e 2013)[43], adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, as quais foram amplamente divulgadas. A ideia principal por trás destes esforços era harmonizar e encorajar a uniformização da regulamentação e do uso da arbitragem comercial globalmente. Até hoje, 83 países e um total de 116 jurisdições adotaram a Lei Modelo, e, desta forma, confirmaram sua ampla adesão.

A UNCITRAL continuou reforçando o arcabouço jurídico internacional de resolução de disputas comerciais por meio da adoção recente da Lei Modelo sobre a Mediação Comercial Internacional e os Acordos Internacionais de Transação resultantes da Mediação(2018)[44], e da Convenção sobre Acordos de Liquidação Internacionais Resultantes da Mediação (A Convenção de Singapura sobre Mediação de 2019)[45]. A expansão da arbitragem internacional para além das disputas comerciais tornou-se importante devido ao contínuo crescimento das disputas investidor-Estado durante as últimas duas décadas. O ordenamento jurídico internacional da Resolução de Disputas entre investidor e Estado (ISDS), baseia-se em uma série de tratados bilaterais e multilaterais sobre investimentos, os quais têm a **Convenção do Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos** (Convenção ICSID)[46] como peça central. A Convenção ICSID foi ratificada por 154 países.

Nos últimos anos, a complexidade do panorama contemporâneo do ISDS levou a UNCITRAL a desviar sua atenção do enfoque puramente comercial da arbitragem e das questões que afetam o cotidiano da ISDS. As disputas investidor-Estado têm demonstrado ser muito diferentes daquelas disputas comerciais que surgem entre partes do setor privado. Uma das diferenças mais notáveis reside no fato evidente de que, no ISDS, uma das partes é um órgão ou agência estatal. Como resultado, o ISDS está preocupado com as questões relacionadas à imunidade estatal, validade dos contratos governamentais, transparência pública, representação legal e custos. Este último fator é de suma importância, uma vez que, para os Estados, invariavelmente o lado econômico dos litígios está relacionado ao uso de dinheiro público, o que, por sua vez, impacta suas necessidades básicas de desenvolvimento.

Os mecanismos do ISDS estão também relacionados ao regime jurídico dos tratados internacionais, à interpretação e aplicação das normas e princípios das direito internacional

42 Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985: com as emendas conforme a consolidação realizada em 2006* (Vienna: Nações Unidas, 2008).

43 Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, UNCITRAL *Arbitration Rules, Resolução 31/98, adotada pela Assembleia Geral em 15 de dezembro de 1976, com as emendas estabelecidas pela Resolução 65/22 de 6 de dezembro de 2010, e demais emendas adotadas pela Resolução 68/109 de 16 de dezembro de 2013 da Assembleia Geral.*

44 Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, com as emendas de Model Law on International Commercial Conciliation, 2002, adotado pela Resolução 73/199 de 3 de janeiro de 2019 da Assembleia Geral.*

45 Convenção sobre Acordos de Liquidação Internacionais Resultantes da Mediação, Nova York, 20 de dezembro de 2018, adotada pela Resolution 73/198 da Assembleia Geral. *United Nations Treaty Series*, vol. 330, No. 4739, p. 3.

46 ICSID Convention, *Regulations and Rules. Washington, D.C.: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2003.*

público e ao investimento estrangeiro direto. Considerando que as negociações subjacentes entre os Estados anfitriões e os investidores estrangeiros afetam muitas indústrias ou atividades econômicas, os mecanismos da ISDS são propensos a impactar todos os setores em que o governo atua, incluindo a proteção ao meio ambiente, o gerenciamento de recursos naturais, a saúde pública, trabalho e demais direitos humanos. É justamente o efeito do ISDS nestes e em outros assuntos de interesse público que culminaram na adoção, em 2014, da Convenção sobre **a Transparência no Tratado Base na Arbitragem Investidor-Estado ("Convenção Mauritius sobre a Transparência")**[47] apoiada pela UNCITRAL. Recentemente, o Secretariado da UNCITRAL nomeou um Grupo de Trabalho especial (GT III) para promover um processo de deliberação abrangente entre os Estados e outras partes interessadas, com o objetivo de identificar as principais preocupações em relação ao ISDS, a fim de considerar se uma reforma no ISDS seria desejável e, se sim, para formular recomendações à Comissão.

Por aproximadamente três anos, o GT III vem realizando sessões na sede das Nações Unidas em Viena e Nova York, durante as quais os estados membros, organizações governamentais internacionais e outros **espectadores** foram capazes de fornecer impressões, expressar suas preocupações e propor potenciais soluções para os desafios atuais apresentados pelo ISDS. A Comissão tem se mostrado determinada a garantir que o processo de deliberação permaneça "inclusivo e totalmente transparente"[48] e tem buscado o apoio de agências de desenvolvimento para que os representantes dos países em desenvolvimento possam participar. Isto revela que a arbitragem internacional não é apenas importante para empresas transnacionais **(ETNs)** e Estados. Dado o seu impacto na economia, assim como em outras partes da sociedade, a arbitragem internacional tem se tornado cada vez mais relevante para as organizações não governamentais (ONGs), f**ederações sindicais globais (USGs)** e outros atores da sociedade civil. Seu potencial para auxiliar no cumprimento da justiça, por meio de mecanismos institucionais que asseguram o cumprimento de importantes princípios legais cujas sanções não poderiam ser executadas através das formas convencionais, tem levado a arbitragem para além de sua tradicional e limitada definição. A arbitragem internacional não pode mais ser vista apenas como um meio econômico, célere e privado de resolução de conflitos. Como eu sugiro na seção seguinte, o impacto da globalização nas realidades social, econômica e política, tem colocado pressão em diferentes atores para que estes desenhem estratégias e busquem novas formas de proteger direitos. No caso específico das normas internacionais do trabalho, nos parece que a arbitragem internacional poderá fazer parte de tais estratégias.

47 Convenção das Nações Unidas sobre Transparência na Arbitragem entre Estados e Investidores com base em Tratado, Nova York, 10 de dezembro de 2014, adotada pela Resolução 69/116 da Assembleia Geral. *United Nations Treaty Series.*

48 Assembleia Geral das Nações Unidas, UNCITRAL Grupo de Trabalho III (Reforma do Sistema de Arbitragem Investidor-Estado), 39º (trigésima nona) Sessão, Nova York, 30 Março - 3 de abril de 2020, A/CN.9/WG.III/WP.189. https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.189 acessado em 30 de maio de 2020.

III. A PROTEÇÃO DE NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO POR MEIO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A globalização tem sido vista como a panaceia que ajudou a derrubar barreiras e levou a modernidade até mesmo para os lugares mais remotos do mundo. Contudo, a globalização também tem um alto custo. Ironicamente, as mesmas novas tecnologias que facilitam o acesso e a disseminação de informação para a educação e o conhecimento científico, também têm servido como veículo para a disseminação de discursos de ódio e ataques cibernéticos. Do mesmo modo, as mesmas conexões globais que tornam possível que um ventilador médico projetado na Holanda e produzido nos Estados Unidos seja entregue a um pequeno hospital rural na Tailândia são também a fonte de poluição que prejudica gigantes marinhos e ecossistemas no mundo todo[49]. A lista de exemplos é extensa; e, embora não possamos dizer que há uma contrapartida para cada vantagem oferecida pela globalização, a quantidade de desafios parece superar alguns de seus supostos benefícios.

Mais do que nunca, a fabricação e outros processos relacionados estão espalhados por diversos países. Consequentemente, sistemas jurídicos nacionais são forçados a intervir e regular as condutas que ocorrem em seus territórios ou que têm um impacto em sua população e nos seus interesses nacionais. Leis nacionais não operam no vácuo normativo, elas estão interligadas com normas e princípios internacionais, gerando, assim, um sistema regulatório complexo, que muitas vezes se torna difícil de aplicar e, mais difícil ainda, de executar as suas sanções. A supervisão das cadeias de produção global também depende da cooperação e da coordenação entre organizações internacionais como a OIT e outros atores como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (BM)[50]. Outro aspecto importante desse sistema global de governança está sob custódia das próprias ETNs. Nos últimos anos, tem sido notado um aumento no número de multinacionais que têm adotado padrões industriais, códigos de conduta e outras formas de regulação internacional privada voltadas para a proteção de um conjunto de direitos universais. A regulação do mercado de trabalho é um ótimo retrato desse sistema transnacional. Tome, por exemplo, a prática conhecida como *dumping social*, utilizada pelas companhias para maximizar lucros ou para ganhar outras vantagens competitivas pela redução de seus custos trabalhistas[51]. Alguns casos usuais de *dumping social* são as contratações de trabalhadores migrantes com baixos salários, a terceirização da produção para outros países

49 PIROTTA, V., GRECH, A., JONSEN, I., LAURANCE, W., e HARCOURT, R., "Consequences of Global Shipping Traffic for Marine Giants", *Frontiers in Ecology and the Environment*, vol. 17(1), 2018, p. 39.

50 STALLINGS, B., "Globalization and Labor in Four Developing Regions: An Institutional Approach", *Studies in Comparative International Development,* vol. 45, 2010, pp. 127–150.

51 KISS, M., "Understanding Social Dumping in the European Union", *Briefing*, março de 2017. https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_BRI(2017)599353 acessado em 28 de maio de 2020.

com condições de trabalho inferiores, ou o aproveitamento de lacunas regulatórias entre países. O *dumping social* acontece entre os estados, dentro nas fronteiras nacionais ou até mesmo dentro de uma organização; por esse motivo a única maneira de combatê-lo é através de uma estratégia multidisciplinar envolvendo todos os atores mencionados anteriormente.

Apesar dos esforços louváveis de membros do setor corporativo transnacional para liderarem pelo exemplo, o desejo contínuo de competitividade e de maximização de lucros geram desconfiança em relação à autorregulação. A relativa facilidade com que as comunicações, o trânsito e os fluxos de capital moderno têm atravessado as fronteiras nacionais, tem erodido muitas das restrições impostas às ETNs e intensificado a probabilidade de operações transnacionais na clandestinidade. Por conseguinte, quando as ETNs querem evitar a sindicalização, ou quando as condições em um país específico deixam de ser atrativas financeiramente, isso pode facilmente fazer com que elas transfiram sua manufatura e outros processos produtivos para outro país. Em contrapartida, a perspectiva de atrair capital estrangeiro pode estimular os países a deixar de exigir determinadas normas trabalhistas, flexibilizar as existentes, ou simplesmente evitar a sua aplicação[52]. A doutrina se refere a esse fenômeno como "nivelamento por baixo"[53], e a despeito de alguns países – normalmente em desenvolvimento – concorrerem com outras nações para diminuir o nível da proteção laboral ou para adquirir vantagens indevidas de uma lacuna regulatória, outros estão apenas presos a isso ou, simplesmente, não têm alternativa. Os Estados não são os únicos que contribuem para isso; as empresas e, às vezes, até mesmo os trabalhadores também o fazem.

Encontrar uma solução adequada para a situação exige um equilíbrio entre interesses conflitantes, isto é, entre aqueles que exigem padrões melhores de proteção do trabalho e aqueles que exigem maior flexibilidade das normas laborais. O aumento de consciência – principalmente entre ETNs e outros protagonistas semelhantes – a respeito da necessidade de proteção dos direitos humanos em geral e, particularmente, dos direitos trabalhistas, demonstra uma convergência dos interesses de partes envolvidas que, normalmente, são divergentes. Uma das formas para esse alinhamento de interesses ter se concretizado, foi por meio da conclusão de um conjunto de Acordos-Modelo Globais (os *global framework agreements* - GFA's). Trata-se de instrumentos "negociados entre uma empresa multinacional e uma União Sindical Global (USG), a fim de estabelecer uma relação permanente entre as partes e garantir que a companhia respeite os mesmos padrões regulatórios em todos os países em que atua"[54]. Os GFA's têm se

52 DAVIES, R. and VADLAMANNATI, K., "A Race to the Bottom in Labour Standards? An Empirical Investigation, *Journal of Development Economics*, vol. 3, 2013.

53 Na versão original é utilizada a expressão "race to the bottom", empregada no sentido figurado (nota dos tradutores).

54 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (OIT), "Global Financial Agreements: A Global Tool for Supporting Rights at Work", ILO Online, 31 de janeiro de 2007, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_080723/lang--en/index.htm acessado em 30 de maio de 2020.

tornado cada vez mais populares desde o começo dos anos 2000, a ponto de centenas de ETNs e todas as USGs mais importantes, hoje, fazerem parte de um ou mais GFAs.

Umas das características-chave dos GFAs é que eles "replicam ou são baseados em outros instrumentos e princípios internacionais preexistentes"[55] presentes no núcleo das Convenções da OIT, da Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento da OIT, da Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Social, da Resolução da OIT sobre o Trabalho Decente nas Cadeias de Suprimentos Globais de 2016, e outros instrumentos internacionais[56]. Os GFAs são um passo adiante nos esforços para garantir o cumprimento com as NITs, especialmente diante da inadequação dos remédios legais existentes no âmbito nacional e internacional. Neste último caso, a despeito da evolução da legislação internacional nas últimas décadas, que permitiu que princípios do trabalho transnacional pudesse romper com a divisão tradicional entre público e privado[57] , os antigos mecanismos disponibilizados pela legislação internacional simplesmente não conseguem solucionar o problema[58].

Como mencionado anteriormente, a OIT tem passado por importantes transformações ao longo dos seus quase cem anos de existência. Alguns marcos desse processo incluem: a Declaração de Filadélfia de 1944, o Prêmio Nobel da Paz de 1969 entregue à OIT, a adoção da Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento em 1998 e um compêndio de resoluções, atividades de monitoramento e parcerias. Com suas ações mais recentes, a OIT tem demonstrado estar a par do impacto da globalização nos direitos trabalhistas. Muito embora seja verdade que alguns dos desafios globais tenham ultrapassado a capacidade regulatória da OIT, o problema central não parece estar radicado na falta de regulação, ou na suposta desatualização da estrutura da OIT. A ausência de um mecanismo de adjudicação eficaz é a questão crítica. Para cumprir o seu propósito, as Normas Internacionais do Trabalho não podem ser apenas recepcionadas, precisam ser, também, observadas. Ademais, diante da ausência do cumprimento voluntário, é preciso que exista um mecanismo confiável para aplicar as sanções previstas. Ou seja, é preciso que um terceiro tenha a capacidade de obrigar uma parte a se defender contra uma demanda e de compelir ambos os litigantes a cumprir as determinações resultantes desse processo que lhe são impostas (i.e., o julgamento, a decisão jurídica)[59].

55 HADWIGER, F. "Global Framework Agreements: Achieiving Decent Work in Global Supply Chains", *International Labour Office*, 2015. p. 18.

56 Ibid

57 ALVAREZ, J., "Frameworks for Understanding the ILO", em G. POLITAKIS, T. KOHIYAMA, e T. LIEBY (Eds.), ILO 100 *Law for Social Justice*, International Labour Organization, 2019, p. 76.

58 ELIASOPH, I., "A Missing Link: International Arbitration and the Ability of Private Actors to Enforce Human Rights Norms", *New England Journal of International and Comparative Law*, vol. 10, 2004, p. 83.

59 HELFER, L. e SLAUGHTER, A-M., "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", *Yale Law Journal*, vol. 107, 1997, p. 273, 285.

A noção de um mecanismo efetivo de aplicação de sanções para a proteção de direitos trabalhistas não é nova. Em 1906, durante a conferência diplomática que levou à adoção da Convenção Internacional referente à Proibição do Uso de Fósforo Branco na Fabricação de Fósforos, o governo britânico propôs, sem êxito, a adoção de um mecanismo coercitivo que dependeria da arbitragem[60]. A sugestão específica de inserção de um mecanismo de adjudicação embutido na estrutura da OIT foi trazido à mesa de negociação pelo Ministro do Trabalho Francês em 1918, mas nunca obteve o apoio necessário[61]. Anos depois, quando a Constituição da OIT foi adotada, o único dispositivo que permitia algo semelhante a uma sanção foi o artigo 33, mas, mesmo assim, não conferia um poder sancionador explícito à organização. Ele atribuía poderes para a estrutura executiva da OIT para "recomendar à Conferência as ações que julgar sábias e convenientes para assegurar a conformidade"[62], caso um determinado país se recusasse a cumprir as recomendações de uma Comissão de Inquérito ou com uma decisão da Corte Internacional de Justiça. Desde a fundação da OIT, treze comissões de inquérito foram constituídas[63], mas a única vez que o disposto no artigo 33 foi invocado foi quando o governo de Mianmar se recusou a cumprir a Convenção nº 29 sobre Trabalho Forçado[64]. Mesmo nesse caso, a percepção foi a de que as medidas foram ineficazes[65].

Algumas das falhas estruturais da OIT podem ser enfrentadas por meio do vínculo que ela estabelece com outros regimes, como, por exemplo, com a Organização Mundial do Comércio (OMC), de modo que aquela possa se beneficiar dos "poderosos mecanismos de coação, como as sanções comerciais, que são disponibilizadas" à OMC[66]. O raciocínio por trás dessa ideia, reside no fato de que "muitos regimes internacionais são como máquinas de ligação por sua própria natureza"[67]. A ideia de vincular a atuação das instituições é louvável e pode até funcionar bem em alguns casos, porém, como um mecanismo de solução de controvérsias, a OMC também enfrenta problemas de conformidade[68]. Mais do que um mero vínculo entre os regimes legais internacionais, os desafios da globalização demandam uma abordagem multidisciplinar que não exclua a participação dos países ou de suas respectivas cortes judiciais. Existem jurisdições como a dos EUA, na qual o sistema jurídico permite o ajuizamento de ações com fundamento nas violações de direitos humanos praticadas no exterior, incluindo

60 CHARNOVITZ, S., "The Lost Story of the ILO's Trade Sanctions", em POLITAKIS, G., KOHIYAMA, T., e LIEBY, T. (Eds.), *ILO 100 Law for Social Justice*, International Labour Organization, 2019, p. 219.

61 Ibid.

62 ILO. Constituição da OIT. artigo 33. https://www.ilo.org/brasilia/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm acessado em 30 de maio de 2020.

63 ILO, "Complaints/Commissions of Inquiry (Art. 26)" https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50011:::NO:50011:P50011_ARTICLE_NO:26 acessado em 30 de maio de 2020.

64 ILO, "ILO Governing Body opens the way for unprecedented action against forced labour in Myanmar", 17 de novembro de 2000, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_007918/lang--en/index.htm acessado em 30 de maio de 2020.

65 ALVAREZ, cit., p. 80.

66 ELIASOPH, cit.

67 ALVAREZ, J., "The WTO as Linkage Machine", *American Journal of International Law*, vol. 96(1), 2002, p. 146-158.

68 DAVEY, William J., "Compliance Problems in WTO Dispute Settlement", *Cornell International Law Journal*, vol. 42, 2009.

alguns direitos protegidos pelas NIT. A principal legislação nesse sentido é conhecida como "Estatuto de Responsabilidade Civil Extracontratual de Estrangeiros" ("Alien Tort Statute") ou "Ato de Ações de Responsabilidade Civil Extracontratual de Estrangeiros" ("Alien Tort Claims Act") (ATS ou ATCA)[69], o qual atribui às cortes federais a competência para julgar ações judiciais distribuídas por estrangeiros, que tenham por objeto a reparação civil por um ato ilícito que viole normas de direito internacional. Originalmente adotado em 1789, o ATS permaneceu dormente por muitos anos até ser usado, com êxito, no caso Filartiga[70].

Com o tempo, litígios com base no ATS se multiplicaram[71], e o que alguns anteciparam como uma possível abertura das comportas judiciais para demandantes estrangeiros, foi sendo, na verdade, gradualmente regulado e limitado pelas cortes, especialmente no tocante às responsabilidades corporativas[72]. Com o fechamento das portas ao ATS, outras estratégias permaneceram abertas para as vítimas de violação de direitos humanos[73]. Outro estatuto federal que está sendo utilizado em processos relacionados a violações de direitos humanos é a Lei de Proteção à Vítima de Tráfico de Pessoas (*Trafficking Victim Protection Act* - TVPA)[74]. Também nos EUA – mas ao nível estadual –, o Estado da California tem aprovado legislações que miram, especificamente, a violação de normas trabalhistas. O melhor exemplo disso é a Lei de Transparência das Cadeias de Suprimentos (Transparency in Supply Chains Act) de 2012[75], que exige que as companhias divulguem publicamente suas práticas comerciais, incluindo seus esforços de prevenção ao tráfico humano em suas cadeias de suprimento. Mesmo que baseadas em estatutos amigáveis para as vítimas, litígios domésticos enfrentam alguns obstáculos importantes que se traduzem em ineficiências para a aplicação das sanções. A mais importante delas talvez seja a limitação da jurisdição, i.e., uma corte só poderá revisar casos que tenham alguma conexão com o estado em questão.

Enquanto exploramos e comparamos as diferentes vias processuais disponíveis para fazer cumprir os direitos internacionais do trabalho, a arbitragem internacional se destaca como uma escolha promissora. A maior vantagem da arbitragem internacional reside no fato de estar apoiada por um robusto regime de fiscalização contido na Convenção de Nova Iorque, que, como mencionado anteriormente, é um dos tratados internacionais de maior sucesso no mundo. A aceitação global desse regime é uma evidência da sua legitimidade internacional,

69 ALIEN TORT STATUTE, US Code Section 1350

70 FILARTIGA v. Peña-Irala, United States Court of Appeals, Second Circuit, 630 F.2d 876, 1980.

71 KIOBEL v. Shell Petroleum Development Company of Nigeria, Ltd., United States Court of Appeals, Second Circuit, Decision of 17 September 2010.

72 STERIO, M., "Corporate Liability for Human Rights Violations: The Future of the Alien Tort Claims Act", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 50, 2018, p. 217.

73 ALTHOLZ, R., "Chronicle of a Death Foretold: The Future of U.S. Human Rights Litigation Post-Kiobel", *California Law Review*, vol. 102, 2014, p. 1495.

74 BEALE, S., "The Trafficking Victim Protection Act: The Best Hope for International Human Rights Litigation in the U.S. Courts", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 50, 2018, p. 17.

75 SUPPLY CHAINS ACT, California Civil Code Section 1714.43, Janeiro de 2012.

que também é suplementada pela relativamente recente adoção da legislação arbitral em quase todos os países. A maior parte dessas leis também é baseada na Lei Modelo da UNCITRAL, ou pelo menos, mostra algum alinhamento com os padrões internacionais.

Durante anos, a arbitragem internacional foi retratada como um clube exclusivo dominado pelas classes mais ricas (i.e., empresários abastados, que também eram reiteradamente protagonistas do sistema). Os maiores participantes desse sistema eram membros de uma elite de corporações Norte Americanas e Europeias, com seus poderosos advogados, e um punhado de instituições sediadas em Londres, Paris e Nova Iorque. Sem muitas surpresas, a Corte Arbitral da CCI era uma dessas instituições. No entanto, a nova realidade global das últimas décadas do século XX abriram as portas da arbitragem internacional para trabalhadores, vítimas de violação de direitos humanos, grupos de consumidores, e outras classes menos favorecidas economicamente[76]. Enquanto algumas importantes distorções e deficiências permanecem, e ainda precisam ser resolvidas, pelo menos parte do sistema tem se movido em direção a se tornar "um instrumento para desenvolver procedimentos justos e eficientes de resolução de diferentes categorias de disputas, para a mediação de conflitos entre leis e políticas nacionais, visando assegurar uma regulamentação transnacional eficaz e para gerar normas internacionais de políticas públicas"[77]. Alguns exemplos dessa evolução podem ser vistos no crescimento das arbitragens coletivas a nível internacional, o desenvolvimento de códigos de conduta para árbitros, advogados e partes, diretrizes procedimentais, e outras formas de *soft law* em relação ao dever de transparência. Outros sinais de progresso podem ser encontrados nos pedidos de regulamentação do financiamento por terceiros como parte de uma preocupação mais ampla em relação ao acesso à justiça e com a adoção de políticas que fomentem a diversidade e a inclusão.

Era apenas uma questão de tempo até que a arbitragem internacional deixasse o seu casulo do mundo de negócios e começasse a ser incorporada a uma maior variedade de acordos, incluindo GFAs. Um grande avanço nesse sentido foi o Acordo sobre Incêndios e Segurança de Prédios em Bangladesh (*Accord on Fire and Building Safety on Bangladesh* - BA), assinado logo após um grande acidente ocorrido em 2013, e que ceifou a vida de 1113 trabalhadores de uma fábrica no país asiático. O BA foi assinado por mais de 220 companhias que representam as maiores marcas e varejistas de diferentes partes do mundo, dois grandes USGs – IndustriALL Global Union e UNI Global Union – e por oito de suas afiliadas. O maior proposito do BA foi o de criar um instrumento vinculante que assegurasse o desfecho de uma solução de segurança, o estabelecimento de um programa de inspeção de segurança independente, e outras medidas que visavam a melhoria das condições de trabalho de milhões de trabalhadores do setor de

76 ROGERS, C., "The Arrival of the "Have-Nots" in International Arbitration", *Nevada Law Journal*, vol. 8, 2007.
77 *Ibid* p. 384.

confecção de Bangladesh[78]. Os signatários do BA adotaram o mesmo mecanismo de arbitragem internacional usado por "companhias ao redor do mundo para fazer cumprir os compromissos firmados por eles em contratos comerciais com os seus parceiros de negócios usuais"[79]. Em 2016, duas ações foram ajuizadas pela *IndustriALL Global Union e a UNI Global Union* por violação dos artigos 12 e 22 do BA perante a Corte Permanente de Arbitragem, e os processos tramitaram com a maior eficiência e respeito pela confidencialidade das empresas reclamadas[80]. Ambos os casos foram dirimidos em 2018[81].

O número dos casos envolvendo a aplicação de direitos trabalhistas como os acima mencionados ainda é ínfimo, mas a importância do BA é significativa e representa um sinal de esperança tanto para a arbitragem internacional, quanto para a proteção efetiva das normas internacionais do trabalho. Mesmo na improvável circunstância de que um dos estados signatários do GFA não faça parte da Convenção de Nova Iorque, ou que tenha feito uma ressalva comercial na sua ratificação, o regime de arbitragem internacional ainda é "muito superior em comparação aos mecanismos de coerção indiretos e relativamente ineficientes usados por muitas organizações, como a OIT"[82]. Muitas outras razões favorecem a utilização da arbitragem internacional nesses contextos. Em primeiro lugar, a familiaridade das ETNs, estados e outras partes interessadas com a utilização da arbitragem, e a ampla percepção de legitimidade do sistema arbitral. Em segundo lugar, a maior possibilidade de acesso ao sistema devido à facilitação do potencial de se obter financiamento externo, advogados qualificados, peritos, e outros recursos tradicionalmente inacessíveis para partes não-corporativas. E, em terceiro lugar, o fato de que a globalização tem contribuído para nublar as linhas que antes demarcavam negócios e direitos humanos, forçando, desse modo, partes que tradicionalmente se opunham entre si (i.e., ETNs e USGs) a desenvolver interesses convergentes para salvaguardar certos princípios universais que também são protegidos por normas de direito internacional e legislações nacionais.

78 Bangladesh Accord https://bangladeshaccord.org/about acessado em 30 de maio de 2020.

79 HENSLER, B. e BLASI, J., "Making Global Corporations' Labor Rights Commitments Legally Enforceable: The Bangladesh Breakthrough", *Workers Rights Consortium*, 18 de junho de 2013.

80 Para uma visão geral dos casos e das condutas processuais das partes, ver, PORTOMEME, Zaydée, International Arbitration Case Report: IndustriALL Global Union and UNI Global Union v. Respondent A (PCA Case No. 2016-36) and IndustriALL Global Union and UNI Global Union v. Respondent B (PCA Case No. 2016-37) World Arbitration and Mediation Review, Vol. 11, No. 2, 2017, p. 229.

81 Permanent Court of Arbitration PCA, "PCA Press Release: Settlement of Bangladesh Accord Arbitrations", 17 de julho de 2018. https://pca-cpa.org/en/news/pca-press-release-settlement-of-bangladesh-accord-arbitrations/ acessado em 30 de maio de 2020.

82 ELIASOPH, cit. p. 25. Ver também, HOWSE, R., "The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights", *Journal of Small and Emerging Business Law*, vol. 3, 1999, p. 131, 133.

IV. CONCLUSÃO

Como este artigo descreveu, a institucionalização da arbitragem internacional e da proteção internacional do trabalho - por meio da criação do CCI e da OIT, respectivamente - foram produtos de um esforço conjunto para promover o desenvolvimento econômico internacional e uma paz duradoura após a Primeira Guerra Mundial. Apesar das diferentes trajetórias que esses dois regimes jurídicos tiveram durante um século desde sua criação, os seus ideais e os seus valores subjacentes tiveram a mesma origem. Durante todos esses anos, cada um desses regimes jurídicos transnacionais cresceu e se desenvolveu em quase total isolamento entre si, ao mesmo tempo em que passavam por suas próprias reviravoltas, e, por fim, acabaram retornando ao mesmo lugar onde tudo começou. De certa forma, a história nos lembra os cem anos de aventuras dos membros da família Buendía, imaginados por Gabriel García Márquez em seu famoso romance "Cem Anos de Solidão"[83]. O CCI e a OIT são como dois irmãos separados no nascimento que se encontram muitos anos depois, apenas para perceber o quanto eles têm em comum e o quanto são capazes de realizar em conjunto. A esperança é que, ao contrário dos Buendía, que não tiveram uma segunda oportunidade na terra, a arbitragem internacional e a proteção internacional do trabalho continuem crescendo juntas e sejam capazes de concretizar os ideais de um mundo mais pacífico e justo, tal como seus idealizadores imaginaram em 1919.

REFERÊNCIAS

ALIEN TORT STATUTE, US Code Section 1350.

ALLAN, K., "A 'Stick' in the World of 'Sunshine and Carrots': Using Binding Arbitration in Global Framework Agreements to Regulate Labour Standards and Multinational Corporations in Global Supply Chains", Victoria University of Wellington, 2018.

ALTHOLZ, R., "Chronicle of a Death Foretold: The Future of U.S. Human Rights Litigation Post-Kiobel", California Law Review, vol. 102, 2014.

ALVAREZ, J., "Frameworks for Understanding the ILO", em G. POLITAKIS, T. KOHIYAMA, e T. LIEBY (Eds.), ILO 100 Law for Social Justice, International Labour Organization, 2019.

_____. "The WTO as Linkage Machine", American Journal of International Law, vol. 96(1), 2002, p. 146-158.

BANGLADESH ACCORD. https://bangladeshaccord.org/about acessado em 30 de maio de 2020.

83 GARCÍA MÁRQUEZ, G., *One Hundred Years of Solitude*, Harper & Row, Nova York, 1970. Há tradução em português. MÁRQUEZ, Gabriel García; ZAGURY, Eliane. Cem anos de solidão. Record, 1967.

BARLETT, A., "Labor Arbitration in the United States and Britain: A Comparative Analysis", Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 14, 1983.

BEALE, S., "The Trafficking Victim Protection Act: The Best Hope for International Human Rights Litigation in the U.S. Courts", Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 50, 2018.

BERNHEIMER, C., Peace Proposal: A Business Man's Plan for Settling the War in Europe, 1915.

BERNSTEIN, L., "Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions", Michigan Law Review, vol. 99, 2001

CALVER, D., "How to Keep Supply Chains Reliable When the World's Upended", Insights by Stanford Business, 28 de maio de 2020, https://www.gsb.stanford.edu/insights/how-keep-supply-chains-reliable-when-worlds-upended acessado em 30 de maio de 2020.

CHAMBER OF COMMERCE OF THE U.S, International Trade Conference, 1919.

CHARNOVITZ, S., "The Lost Story of the ILO's Trade Sanctions", em POLITAKIS, G., KOHIYAMA, T., e LIEBY, T. (Eds.), ILO 100 Law for Social Justice, International Labour Organization, 2019.

DAVEY, William J., "Compliance Problems in WTO Dispute Settlement", Cornell International Law Journal, vol. 42, 2009.

DAVIES, R. and VADLAMANNATI, K., "A Race to the Bottom in Labour Standards? An Empirical Investigation, Journal of Development Economics, vol. 3, 2013.

ELIASOPH, I., "A Missing Link: International Arbitration and the Ability of Private Actors to Enforce Human Rights Norms", New England Journal of International and Comparative Law, vol. 10, 2004.

FAURE, J., "The Arbitration Alternative: Its Time Has Come", Montana Law Review, vol. 46, 1985.

FILARTIGA v. PEÑA-IRALA, United States Court of Appeals, Second Circuit, 630 F.2d 876, 1980.

FISS, O., "Against Settlement", Yale Law Journal, vol. 93(6), 1984.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel; ZAGURY, Eliane. Cem anos de solidão. Record, 1967.

_____, One Hundred Years of Solitude, Harper & Row, Nova York, 1970.

GIDDENS, A., Runaway World: How Globalization is Reshaping Our Lives, Routledge, 1999.

GÓMEZ, M., "Precious Resolution: The Use of Intra-Community Arbitration by Jain Diamond Merchants", Belgian Review of Arbitration B-Arbitra, vol. 2, 2013).

GUERRERO-ROCCA, G., "¿Arbitraje Laboral más allá del previsto en la nueva

LOPT?", Opiniones de la Procuraduría General de la República, Procuraduría General de la República, Caracas, 2002.

HADWIGER, F. "Global Framework Agreements: Achieiving Decent Work in Global Supply Chains", International Labour Office, 2015.

HELFER, L. e SLAUGHTER, A-M., "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication", Yale Law Journal, vol. 107, 1997, pp. 273-285.

HENSLER, B. e BLASI, J., "Making Global Corporations' Labor Rights Commitments Legally Enforceable: The Bangladesh Breakthrough", Workers Rights Consortium, 18 de junho de 2013.

HORTON, D., "Arbitration About Arbitration", Stanford Law Review, vol. 70, 2018.

HOWSE, R., "The World Trade Organization and the Protection of Workers' Rights", Journal of Small and Emerging Business Law, vol. 3, 1999, pp. 131-133.

ICSID Convention, Regulations and Rules. Washington, D.C.: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2003.

ILO - INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, "Global Financial Agreements: A Global Tool for Supporting Rights at Work", ILO Online, 31 de janeiro de 2007, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_080723/lang--en/index.htm acessado em 30 de maio de 2020.

_____, "ILO Governing Body opens the way for unprecedented action against forced labour in Myanmar", 17 de novembro de 2000, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_007918/lang--en/index.htm acessado em 30 de maio de 2020.

_____. "Complaints/Commissions of Inquiry (Art. 26)" https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50011:::NO:50011:P50011_ARTICLE_NO:26 acessado em 30 de maio de 2020.

_____, The Labour Provisions of the Peace Treaties, ILO, Geneva, 1920.

_____. Constituição da OIT. https://www.ilo.org/brasilia/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang--pt/index.htm acessado em 30 de maio de 2020.

_____. Rules of the Game: An Introduction to the Standards-Related Work of the International Labour Organization, OIT, Geneva, 2019.

KELLY, D., "The International Chamber of Commerce", New Political Economy, vol. 10(2), 2005.

KIOBEL v. SHELL PETROLEUM DEVELOPMENT COMPANY OF NIGERIA, Ltd., United States Court of Appeals, Second Circuit, Decision of 17 September 2010.

KISS, M., "Understanding Social Dumping in the European Union", Briefing, março de 2017. https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=EPRS_

BRI(2017)599353 acessado em 28 de maio de 2020.

KISSINGER, H., "Letter dated 5 November 1975 from Mr. Henry A. Kissinger, Secretary of State of the United States of America, to Mr. Francis Blanchard, Director of the International Labour Organization", International Legal Materials 14, 1975.

MARCHISIO, G., The Notion of Award in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of French Law, English Law, and the UNCITRAL Model Law, Kluwer Law International, 2016.

MARTINEZ, R., "Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The 'Refusal' Provisions", The International Lawyer, vol. 24, pp. 487-491.

MOGLEN, E., "Commercial Arbitration in the Eighteenth Century: Searching for the Transformation of American Law", Yale Law Journal, vol. 93, 1983.

O'CONNOR, S., Concurring opinion in Allied-Bruce Terminix Co. v Dobson, 513 U.S. 265, 283 (1995).

PCA - Permanent Court of Arbitration, "PCA Press Release: Settlement of Bangladesh Accord Arbitrations", 17 de julho de 2018. https://pca-cpa.org/en/news/pca-press-release-settlement-of-bangladesh-accord-arbitrations/ acessado em 30 de maio de 2020.

PHELAN, E., "The Contribution of the ILO to Peace", International Labour Review, vol. 59, 1949.

PIROTTA, V., GRECH, A., JONSEN, I., LAURANCE, W., e HARCOURT, R., "Consequences of Global Shipping Traffic for Marine Giants", Frontiers in Ecology and the Environment, vol. 17(1), 2018.

PORTOMEME, Zaydée, International Arbitration Case Report: IndustriALL Global Union and UNI Global Union v. Respondent A (PCA Case No. 2016-36) and IndustriALL Global Union and UNI Global Union v. Respondent B (PCA Case No. 2016-37) World Arbitration and Mediation Review, Vol. 11, No. 2, 2017.

PROTOCOL ON ARBITRATION CLAUSES, League of Nations, Treaty Series, vol. 27.

RAU, A. and BERMANN, G., "Gateway-Schmateway: An Exchange between George Bermann and Alan Rau", Pepperdine Law Review, vol. 43(5), 2016.

RICHMAN, B., "How Community Institutions Create Economic Advantage: Jewish Diamond Merchants in New York", Law and Social Inquiry, vol. 31, 2006.

RIDGEWAY, G., Merchants of Peace: Twenty Years of Business Diplomacy through the International Chamber of Commerce, 1919-1938, Columbia U. Press, New York, 1938.

ROGERS, C., "The Arrival of the "Have-Nots" in International Arbitration", Nevada

Law Journal, vol. 8, 2007.

RUSHE, D., "US job lossess have reached Great Depression levels. Did it have to be that way?", The Guardian, 9 de maio de 2020 https://www.theguardian.com/world/2020/may/09/coronavirus-jobs-unemployment-kurzarbeit-us-europe acessado em 24 de maio de 2020.

SGARD, J., "The International Chamber of Commerce, Multilateralism and the Invention of International Arbitration", manuscrito não publicado, 2019.

STALLINGS, B., "Globalization and Labor in Four Developing Regions: An Institutional Approach", Studies in Comparative International Development, vol. 45, 2010, pp. 127–150.

STANDING, G., "The ILO: An Agency for Globalization?", Development and Change, vol. 39(3), 2008.

STERIO, M., "Corporate Liability for Human Rights Violations: The Future of the Alien Tort Claims Act", Case Western Reserve Journal of International Law, vol. 50, 2018.

SUPPLY CHAINS ACT, California Civil Code Section 1714.43, Janeiro de 2012.

SZALAI, I., "Exploring the Federal Arbitration Act through the Lens of History", Journal of Dispute Resolution, 2016.

_____. "Modern Arbitration Values and the First World War", American Journal of Legal History, vol. 49(4), 2007.

TARASEWICZ, Y. e BOROFSKY, N., "International Labor and Employment Arbitration: A French and European Perspective", ABA Journal of Labor and Employment Law, vol. 28(2), 2013.

TOD, M., International Arbitration Amongst the Greek, Clarendon Press, Oxford, 1913.

UN – United Nations. Assembleia Geral das Nações Unidas, UNCITRAL Grupo de Trabalho III (Reforma do Sistema de Arbitragem Investidor-Estado), 39º (trigésima nona) Sessão, Nova York, 30 Março - 3 de abril de 2020, A/CN.9/WG.III/WP.189. https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.III/WP.189 acessado em 30 de maio de 2020.

_____. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985: com as emendas conforme a consolidação realizada em 2006 (Vienna: Nações Unidas, 2008).

_____. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, UNCITRAL Arbitration Rules, Resolução 31/98, adotada pela Assembleia Geral em 15 de dezembro de 1976, com as emendas estabelecidas pela Resolução 65/22 de 6 de dezembro de 2010, e demais emendas adotadas pela Resolução 68/109 de 16 de dezembro de 2013 da Assembleia Geral.

_____. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement

Agreements Resulting from Mediation, com as emendas de Model Law on International Commercial Conciliation, 2002, adotado pela Resolução 73/199 de 3 de janeiro de 2019 da Assembleia Geral.

_____. Convenção das Nações Unidas sobre Transparência na Arbitragem entre Estados e Investidores com base em Tratado, Nova York, 10 de dezembro de 2014, adotada pela Resolução 69/116 da Assembleia Geral. United Nations Treaty Series.

_____. Convenção sobre Acordos de Liquidação Internacionais Resultantes da Mediação, Nova York, 20 de dezembro de 2018, adotada pela Resolução 73/198 da Assembleia Geral. United Nations Treaty Series, vol. 330, No. 4739.

_____. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 de junho de 1958, United Nations Treaty Series, vol. 330, No. 4739.

_____. Nobel Peace Prize. https://www.un.org/en/sections/nobel-peace-prize/international-labor-organization-ilo/index.html acessado em 22 de maio de 2020.

WOLAVER, E., "The Historical Background of Commercial Arbitration", University of Pennsylvania Law Review, vol. 83(2), 1934.

SOBRE O AUTOR:

Manuel A. Gomez is Associate Dean of International and Graduate Studies and Associate Professor of Law at Florida International University College of Law where he regularly teaches courses on Complex Litigation, International Arbitration, Alternative Dispute Resolution, Law and Society, and Introduction to International and Comparative Law, with emphasis on Latin America. Professor Gómez also has law teaching experience at other US universities such as Stanford and Iowa, and has been at numerous Latin American, European, and Asian universities, either as guest lecturer, speaker or visiting professor. Professor Gómez's research and academic writing focuses on dispute resolution and governance, legal and institutional reform in Latin America, the globalization of the legal profession, and innovations in legal education. More specifically, professor Gómez studies the use of different dispute resolution mechanisms and fora in an array of contexts, ranging from transnational litigation and international arbitration, to domestic litigation and other non-institutionalized mechanisms. He is a founding member of the Miami International Arbitration Society (MIAS), member of the Faculty Council of the International Law Section of the Florida Bar, member of the Academic Council at the Institute of Transnational Arbitration (ITA), and member of the Academic Council of the Latin American and Caribbean Center at FIU, among others.

Manuel A. Gomez é Decano Adjunto de Estudos Internacionais avançados e Professor Associado de direito na Florida International University College of Law onde ele leciona Litigância complexa, Arbitragem Internacional, Métodos alternativos de resolução de controvérsias, Direito e Sociedade e Introdução ao Direito Internacional e Comparado, com ênfase na América Latina. Tem experiência letiva em outras universidades dos Estados Unidos, como Stanford e Iowa, já esteve presente em inúmeras outras escolas Latino-americanas, europeias e asiáticas, seja como professor convidado, palestrante ou professor visitante. Sua pesquisa e suas publicações tratam de resolução de controvérsias e governança, reformas legais e institutionais na América Latina, a globalização da profissão jurídica e inovações no ensino jurídico. Mais especificamente, estuda o uso de diferentes formas de solução de conflitos e foros em uma gama de contextos, abrangendo desde a litigância transnacional e a arbitragem internacional até litigância doméstica e outros mecanismos não-institucionalizados. É membro fundador da Miami International Arbitration Society (MIAS), membro do Faculty Council of the International Law Section of the Florida Bar, membro do Academic Council at the Institute of Transnational Arbitration (ITA) e do Academic Council of the Latin American and Caribbean Center na Florida International University College of Law, entre outros.

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

RESENHA

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

HOGEMANN, OS DIREITOS HUMANOS E O UBUNTU

HOGEMANN, HUMAN RIGHTS AND THE UBUNTU

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

HOGEMANN, OS DIREITOS HUMANOS E O UBUNTU

HOGEMANN, HUMAN RIGHTS AND THE UBUNTU

Resenha do livro: / Book review:
HOGEMANN, Edna Raquel. *Direitos humanos e filosofia ubuntu*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. (150 p.)

RAFAEL SALATINI
Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/0509507782075890
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7032-134X
E-mail: rafael.salatini@unesp.br
Docente na Unesp (Campus de Marília)

O livro *Direitos humanos e filosofia ubuntu*, escrito pela jurista brasileira Edna Raquel Hogemann, fruto do pós-doutoramento realizado pela autora na Universidade Estácio de Sá (RJ) em 2016, se dedica a uma crítica à concepção tradicional (liberal e universalista) de direitos humanos e a defesa da reconstrução conceptiva desses direitos em função da filosofia comunitarista sul-africana do *ubuntu.*

No primeiro capítulo, a autora discute a construção eurocêntrica dos direitos humanos, argumentando que a origem dos direitos humanos remonta a diversos processos e doutrinas ocidentais, que incluem o estoicismo antigo, o cristianismo medieval e o Iluminismo moderno, em especial a ideia de dignidade humana renascentista e a ideia de autonomia individual iluminista, que se consagrarão na positivação dos direitos de igualdade e liberdade nas grandes declarações de direito dos séculos XVII e XVIII. A autora afirma a subsunção dos direitos humanos aos princípios dos direitos naturais, do racionalismo e do capitalismo modernos, que alimentam a ipseidade, e não a alteridade, humana.

Segundo a autora, "[a modernidade] provocou profundas mudanças na realidade social, com repercussão em todos os quadrantes da vida cotidiana do indivíduo e, num plano mais amplo, da sociedade", de modo que "essas transformações foram promovidas de modo

descompassado, sem o controle do próprio sujeito, inseridas num processo cujo controle se deu de forma heterônoma" (p. 08).

Os direitos humanos foram promulgados internacionalmente pela Organização das Nações Unidas, em 1948, em resposta à descoberta das atrocidades humanitárias da Segunda Guerra Mundial, consagrados em documentos como a *Declaração Universal dos Direitos Humano*s (1948), e, posteriormente, o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (1966), o *Pacto Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (1966) e seus protocolos facultativos, além da *Declaração de Viena* e do *Programa de Ação de Viena* (1993), frutos da *Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos*. Soma-se a esse processo a criação de jurisdições regionais para os direitos humanos, como a *Corte Europeia dos Direitos Humanos*, a *Comissão Africana dos Direitos Humanos e das Pessoas* e a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*.

A autora faz referência à contradição entre a produção de dispositivos normativos humanitários do século XX e o desrespeito sistemático a esses mesmos dispositivos, além da preferência pelos direitos civis e políticos, "sem custos", aos direitos econômicos e sociais, "com custos", e a variedade cultural mundial.

Também faz referência ao conteúdo culturalmente ocidental, "burguês" e ideológico dos direitos humanos, pelo que já haviam sido repelidos pela URSS e outras nações então socialistas. "Nesse sentido", segundo a autora, "por trás dos discursos de justiça, direitos humanos, democracia, desenvolvimento, e mesmo de multiculturalismo, na retórica moderna, subjaz a lógica colonial de uma epistemologia eurocêntrica" (p. 18) e da doutrina política liberal, baseados em aspectos de relações de poder e conotações raciais.

Postulados como baseados essencialmente no projeto iluminista, os direitos humanos são considerados como submetidos à mesma crise que esse projeto enfrenta contemporaneamente. Critica-se o positivismo jurídico e sua capacidade de se opor às práticas totalitárias do século XX, calcando-se no exemplo da argumentação positivista apresentada pelo agente nazista Otto Adolf Eichmann em seu julgamento promovido em Israel e analisado pela filósofa alemã Hannah Arendt, concluindo-se que "o direito não é sinônimo de lei e esta não é sinônimo de justiça" (p. 41).

Assim, a autora conclui que "é possível refletir no sentido de que o erro da modernidade começa na exclusividade de tutela de direitos pelo Estado, ou seja, a tutela jurisdicional, que representa o monopólio da força" (p. 48).

No segundo capítulo, a autora discute os direitos humanos entre a ética e a política, argumentando que a relativização da modernidade e o reconhecimento dos aspectos não-europeus desse processo é necessário para a reformulação dos direitos humanos. Referindo-se

a quatro grupos de defensores dos direitos humanos – (1) os doutrinadores convencionais, (2) os constitucionalistas ou conceitualistas, (3) os multiculturalistas ou pluralistas culturais, e (4) os estrategistas políticos ou instrumentalistas –, a autora informa que todos "estão, contudo, unidos na crença da existência de direitos humanos que são básicos" e que "também acreditam que esses direitos humanos deveriam ser promovidos e, onde possível, protegidos pelo Estado" (p. 54).

Em seguida, a autora expõe o pensamento do filósofo grego Cornelius Castoriadis, segundo o qual "está em movimento, ainda que de forma penosa e fragmentária, uma nova sociedade[,] fundada num projeto de autonomia social e individual", considerando-se as "provas [...] [que] poderiam ser encontradas nas revoluções democráticas, nas lutas dos trabalhadores por todo o mundo, no movimento feminista, das minorias culturais, étnicas, regionais [etc.]" (p. 59).

A autora busca, então, discutir três metodologias capazes de promover um diálogo intercultural, contra o paradigma dominante, dos direitos humanos. Em primeiro lugar, a "proposta intermediária" do jurista sudanês Abdullahi An-Na'im, que procura conciliar a concepção universalista de direitos humanos com a cultura islâmica, "avalia[ndo] que a legitimidade cultural do padrão universal de direitos humanos deve ser alcançada tendo em conta um âmbito interno, por meio de discursos culturais internos e, em posteriormente, um âmbito externo, por intermédio de diálogos interculturais" (p. 68).

Em segundo lugar, a autora aborda o "diálogo intercultural" do sociólogo português Boaventura de Souza Santos, que parte da crise do *Welfare State* e do socialismo para elaborar uma teoria multiculturalista crítica/emancipatória dos direitos humanos, argumentando que, "enquanto forem concebidos como direitos humanos universais em abstrato, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado e, portanto, como uma forma de globalização hegemônica", de maneira que, "para poderem operar como forma de cosmopolitismo insurgente, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como interculturais" (apud p. 72).

Em terceiro lugar, analisa-se a "hermenêutica diatópica" do teólogo e filósofo espanhol Raimon Panikkar, expoente da vertente multiculturalista, segundo a qual "um diálogo intercultural e inter-religioso" seria "uma proposta de uma nova prática, de uma nova atitude em face de desafios cada vez mais difíceis enfrentados pela humanidade, como condições necessárias para pavimentar um caminho que possa levar ao encontro de soluções dos grandes problemas da humanidade, como também para a tão urgente quanto necessária construção de uma paz mundial" (p. 82).

No terceiro capítulo, a autora apresenta a sugestão central do livro: uma interpretação dos

direitos humanos a partir da filosofia sul-africana *ubuntu*, baseada nos princípios de participação e da reconciliação, princípio que esteve presente na Constituição transitória da África do Sul (1993) – Mas não fora repetido na Constituição definitiva de 1996 – e na Comissão da Verdade e da Reconciliação (1996), presidida pelo arcebispo anglicano Desmond Mpilo Tutu, tendo sido inclusive absorvido pela Corte Constitucional e pelos tribunais superiores sul-africanos.

Ubuntu é uma expressão sul-africana pré-europeia que frisa a relação de lealdade entre as pessoas, segundo a expressão *umuntu ngumuntu ngabantu* [uma pessoa é uma pessoa através de outras pessoas]. Com base nesse princípio, segundo a autora, "cada ser humano só é um ser humano por pertencer a um coletivo humano; a humanidade de uma pessoa é determinada pela alteridade com os outros, por meio de sua humanidade para com os outros seres humanos", ou seja, "a existência de uma pessoa se dá por meio da existência dos outros em relação intrínseca consigo mesma, mas o valor de sua humanidade está inteiramente relacionado à forma como ela esteia proativamente a humanidade e a dignidade dos demais seres humanos", ou, ainda, "a humanidade de uma pessoa é, assim, definida por seu compromisso ético com seu próximo, seja ele quem for: homem, mulher, criança, jovem, velho" (p. 90).

A autora discute, então, o conteúdo ético da filosofia *ubuntu* a partir da contribuição de vários estudiosos e pensadores africanos, comparando com pensadores ocidentais não liberais, como Castoriadis, Ricoeur, Lévinas e Panikkar.

Em suas considerações finais, por fim, a autora reafirma sua crítica à concepção dominante dos direitos humanos ocidentais, baseada nos princípios do universalismo, do racionalismo e do individualismo tipicamente liberais, assim como reafirma a importância da consideração da filosofia comunitarista sul-africana do *ubuntu* para a rediscussão dos direitos humanos, concluindo com a asserção de que "discutir os direitos humanos desde a lógica presente na ética *ubuntu* significa colocar em debate o que é bom para mim, para a família, para o povo, para aqueles que conduzem os destinos das nações" (p. 135).

O debate entre liberais (defensores de uma concepção universal de direitos humanos) e comunitaristas (defensores de uma concepção multicultural de direitos humanos) tem se desenvolvido grandemente, sem um horizonte visível de solução, especialmente entre estudiosos norte-americanos e europeus. A contribuição brasileira de Edna Raquel Hogemann, partidária do segundo grupo, com base na filosofia do ubuntu pode ser considerada como uma contribuição eminentemente originária dos interesses e das referências pertencentes aos países em desenvolvimento (caso tanto do Brasil quanto da África do Sul), sentido em que ganha grande importância e desvia ao menos uma parte do debate norte-atlântico para o comunitarismo africano (numa leitura brasileira), aumentando a abrangência das discussões humanitárias para onde eventualmente elas sejam mais necessitadas.

SOBRE O AUTOR:

Rafael Salatini

Bacharel em Ciências Sociais (USP), Licenciado em Ciências Sociais (USP), Bacharel em Direito (Univem), Especialista em Direito Processual Civil (Unimar), Especializando em Direito Penal e Processual Penal (Única), Especializando em Direito Penal e Processual Penal (Una), Mestre em Direito (Univem), Doutor em Ciência Política (USP), Doutorando em Ciência Jurídica (UENP), Pós-doutor em Sociologia (USP) e Pós-doutor em Ciência Política (USP).

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

revista.desc@facamp.com.br
desc.facamp.com.br

DESC
DIREITO, ECONOMIA & SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA