



Edited by
Matteo Del Chicca

New Awareness of Solidarity in European Union Law and Beyond





Arnis
University Books

Edited by
Matteo Del Chicca

New Awareness of Solidarity in European Union Law and Beyond



M. Del Chicca
**New Awareness of Solidarity
in European Union Law and Beyond**

Responsabile editoriale
Marco Castellano

Coordinamento editoriale
Paolo Castellano

isbn 9788865285251

© 2020 CAMPANO Edizioni - Arnus University Books

Arnus University Books è un marchio di CAMPANO snc
Via D. Cavalca, 67 - 56126 Pisa
info@edizioniilcampano.it
www.edizioniilcampano.it



With the support
of the ERASMUS+ programme
of the European Union

The European Commission's support for the production of this publication does not constitute an endorsement of the contents, which reflect the views only of the authors, and the Commission cannot be held responsible for any use which may be made of the information contained therein.

È severamente vietata la riproduzione, anche parziale e con qualsiasi mezzo effettuata, senza espressa autorizzazione degli aventi diritto.

Contents

I. Preface	5
<i>Matteo Del Chicca</i>	
Part 1 - THE AWARENESS OF SOLIDARITY IN EUROPEAN UNION LAW	
II. Social Solidarity in the European Union: a normative approach	9
<i>Anna Milioni</i>	
III. The legal meaning of a disaster under the European Union legal system	33
<i>André Augusto Giuriatto Ferrazo</i>	
IV. Il Meccanismo europeo di stabilità e la solidarietà negata	48
<i>Alessio Scaffidi</i>	
Part 2 - SOLIDARITY IN A FEDERAL STATE: SOME EXAMPLES IN BRAZIL LAW	
V. Social inequality, social rights and the principle of Solidarity in Brazil	78
<i>Geraldo Magela Leite</i>	
VI. O princípio constitucional da solidariedade e ações afirmativas para inclusão da pessoa com deficiência	110
<i>Luanda Freitas Tavares Costa</i>	
VII. Previdência complementar: o modelo brasileiro	126
<i>Antônio Almir do Vale Reis Júnior</i>	

VIII. The principle of Solidarity and its application in the welfare benefits granted to the port workers and in the continued benefit payments of the organic social assistance law <i>Lisiane Guerin da Rocha</i>	151
IX. Direito ao voto do estrangeiro residente como importante ferramenta para concretização do princípio da solidariedade <i>Helena Schymiczek Larangeira de Almeida</i>	168
Part 3 - NEW FRONTIERS OF SOLIDARITY IN EU LAW, IN BRAZIL LAW... AND BEYOND	
X. Solidariedade hebraica: regime de direito antigo precursor de direitos humanos fundamentais contemporâneos <i>Tânia Mara Borges da Costa</i>	193
XI. Solidarity and use of language in courts: who is entitled to speak? <i>Alexander Teutsch</i>	222
XII. Social security in Europe and in Georgia <i>Ani Butkhuzi</i>	261
XIII. The antagonism between the right to exist and the new social security: greater affectation for women <i>Sergio Torres Teixeira, Shynaide Mafra Holanda Maia</i>	277
XIV. Concluding remarks <i>Miriam Schettini</i>	293

I

Preface

*Matteo Del Chicca**

This book collects several working papers which have been developed inside the Jean Monnet Module “Solidarity in EU Law” (SoEULaw): these papers ensued from debates on Solidarity that were discussed and implemented by some participants during the first year of the Jean Monnet Module activities (mainly through workshops, round-tables and a winter school). It should be preliminary highlighted that the focus of this collected book is not limited to European Union (EU) law, because it also embraces several international law related issues on Solidarity: such enlarged point of view is especially clear in the second Part and moreover in the last Part of the volume.

In fact, in its first Part this book shows how Solidarity flourish in several different branches of EU law; in its second Part, the volume examines the developments of Solidarity in the domestic law of Brazil, in order to highlight how Solidarity law could be fostered in a large Federal State, with many references to international law linked topics; in the last Part, this book expands the Solidarity perspectives analysed in the first two Parts, giving some insights on the new frontiers of Solidarity in EU law, in Brazil law, and even beyond them, enveloping various international law themes, with a special focus on fundamental human rights.

The first paper of this collected book underlines that Solidarity occupies a pivotal position in the legislation of the EU, but its role in the application of European policies remains quite ambiguous yet. As an example, Anna Milioni – in her paper – recalls a tension between the

* Lecturer, Department of Law, University of Pisa.

multiple appeals to social Solidarity and the principles of freedom of movement and of non-discrimination. Such tension could possibly create a lack of legitimacy of the EU policies and should thus be addressed in some way, perhaps through a revision of some parts of EU law. The author embraces the position that an obligation of social Solidarity in the EU could be grounded on the basis of the joint action of the Member States, so she argues that EU should protect and promote social Solidarity both at national and international level.

The second paper features the Solidarity as stated in the article 222 of the Treaty on the Functioning of the EU, which is Solidarity in the event of a natural or man-made disaster. Particularly, the author addresses the problematic legal meaning of “disaster” in the EU law system.

The last paper of the first Part foregrounds some issues related to a specific tool of EU: the European Stability Mechanism. In its paper, Alessio Scaffidi tries to find a fair balance between economic stability and Solidarity in order to overcome the troubles coming from insufficient EU funds and budget.

While the studies collected in the first Part of the volume cover many facets of Solidarity in an international regional organization law system (EU law), the papers in the second Part survey how Solidarity has been improved in the domestic law of a prominent Federal State – Brazil – and how far such domestication is compatible with international law.

Specifically, the paper of Geraldo Magela Leite calls attention to the large number of social inequalities in Brazil, even though the principle of Solidarity is present at different levels in Brazilian domestic law.

The paper of Luanda Freitas Tavares Costa precisely examines the principle of Solidarity as stated in article 3 of 1988 Brazil constitution, relating such article with the 2006 UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

The third paper of the second Part investigates a specific aspect of Solidarity in the Brazilian law, namely the supplementary pension system, while the following paper surveys a particular field of social security benefits in Brazil, that is the social assistance to the port workers.

The paper of Helena Schymiczek Larangeira de Almeida closes the second Part of the book, addressing another specific topic in Brazilian domestic law – the right to vote for foreign residents – which could be a valuable tool for the implementation of the principle of Solidarity.

In short, all the papers presented until now detail varied applications of Solidarity in EU and Brazil law systems, also recalling some international law related rules; instead, the papers collected in the last Part of the volume try to go further, giving a look to the new frontiers of Solidarity in EU law, in Brazil law, and beyond.

The paper of Tânia Mara Borges da Costa, for example, proposes an historical study of Solidarity in the Jewish tradition, arguing that it could have forerun the fundamental human rights developed in modern international law.

The following paper ponders how Solidarity could be relevant for minorities, with a peculiar focus on languages and their use in various Courts.

The paper of Ani Butkhuzi rather pores over some social security issues in the EU and in a State with an “European perspective”: Georgia.

Finally, the last paper of this book underlines how Solidarity could influence the link between some fundamental human rights and the reform of Brazilian social security (achieved with the Constitutional Amendment No. 103 of 2019), focusing on women’s access to social security benefits.

PART 1

**The Awareness of Solidarity in European
Union Law**

II

Social Solidarity in the European Union: a normative approach

*Anna Milioni**

Summary: 1. Introduction – 2. Solidarity in the EU: framing the problem – 3. The current lack of legitimacy – 4. The normative force of Solidarity – 5. Conclusions.

1. Introduction

While social Solidarity is an important European value and has been associated with the “European social model”, its role as a normative principle that guides the policies of the European Union remains ambiguous. On the one hand, the European Treaties refer to social Solidarity as a fundamental principle that guides the action of the European Union. On the other hand, the implementation of European Union policies, especially concerning the freedom of movement and the principle of non-discrimination among the citizens of the European Union, has been considered to have grave deregulatory effects for the national social security systems, threatening their viability. In this context, many questions about the place of Solidarity in the European Union arise.¹

* PhD Student, Department of Philosophy, King’s College London.

¹ On this issue, see F. W. SCHARPF, *The European social model: Coping with the challenges of diversity*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, vol. 40, n. 4, pp. 645-670.

Taking heed of this situation, this paper aims to examine the role and the normative significance of social Solidarity in the European Union. First, I explore the role of social Solidarity in the European Union legislation, demonstrating that there is a tension between freedom of movement and the principle of non-discrimination, on the one hand, and the principle of Solidarity, on the other. This tension, I argue, implies a lack in legitimacy in the policies of the European Union, and should be addressed *de lege ferenda*, through the revision of the legislation of the European Union. The question that arises at this point is whether there are any reasons of justice that demand that the European Union should remain committed to the principle of Solidarity when revising its legislation. To address this question, I explore two grounds that have been proposed in support of social Solidarity in the European Union: the economic contribution of the EU migrants in the economies of their host states and the shared European identity of all EU citizens. I argue that these two arguments fail to provide adequate grounds for a distinctively *European* social Solidarity. However, I argue that there is another ground for establishing an obligation of social Solidarity in the European Union. As I demonstrate, the shared action of the European Member States implies that they are under an obligation to share the benefits and the burdens of this joint action in a fair way. I conclude by suggesting that this shared action entails the obligation of the European Union to respect and promote both national and transnational Solidarity.

2. Solidarity in the EU: framing the problem

Europe is broadly associated with the notion of the welfare state. Despite their differences, European states have shared a commitment to the protection of social rights, as a means to realize the values of freedom and equality. Considering this, it does not come as a surprise that the project of European integration has always accompanied its defense of the freedom of movement with appeals to the notion of social Solidarity. Intra-European migration

at the end of the Second World War was a way for European states to sustain their economic growth, facilitating the movement of workers across states while limiting the cost of this movement. In this context, the European integration project gained popular support based not only on the promise to protect individual rights, but also on the aspiration of a fair distribution of the benefits that would follow from the European cooperation, through the creation of supranational regulatory institutions.² While social welfare remains within the national legislative competence of the Member States, the EU was considered to act in support of the national policies, creating Solidarity ties not only at the national but also at the supranational level.

The EU's commitment to Solidarity, at least at a declaration level, is apparent in the presence of the notion of Solidarity in the Treaties that gave rise to the European Union. Already in the Preamble to the Treaty Establishing the European Coal and Steel Community (1951), it is declared that:

“Europe can be built only through real practical achievements which will first of all create real Solidarity, and through the establishment of common bases for economic development”.

The Treaty of Maastricht (1992) scales up the references to social Solidarity. In Article A, it declares that the task of the European Union:

“shall be to organize, in a manner demonstrating consistency and Solidarity, relations between the Member States and between their peoples”.

In Article G, it suggests that the common market and the economic and monetary union established by the European Union, as well as the implementation of common policies, aim to promote:

² See B. JONES, *EU common policy on asylum, irregular migration and external border control and solidarity between Member States*, in C. JIMÉNEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASCUAL-VIVES (eds.), *Solidarity and protection of individuals in EU law: Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 203-205.

“a high level of employment and of social protection, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and Solidarity among Member States”.

Last, in Article J.1 it is stated that:

“the Member States shall support the Union’s external and security policy actively and unreservedly in a spirit of loyalty and mutual Solidarity”.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union, which was established in 2000 and became legally binding in 2009, further testifies the European Union’s commitment to social Solidarity. Solidarity is granted a whole chapter (Chapter VI), which establishes the workers’ right to information and consultation within the undertaking (Article 27), the right of collective bargaining and action (Article 28), the right of access to placement services (Article 29), the right to protection in the event of unjustified dismissal (Article 30), the right to fair and just working conditions (Article 31), the prohibition of child labor and the protection of young people at work (Article 32), the right to family and professional life (Article 33), the right to social security and social assistance (Article 34), the right to health care (Article 35), the right to have access to services of general economic interest (Article 36), the protection of the environment (Article 37) and the protection of consumers (Article 38). Through these provisions, the Charter accentuates the social dimension of the economic European market.

The prominent position of Solidarity among the principles that are supposed to guide the European Union is confirmed by the Lisbon Treaty (2007), which gave to the Treaty on the European Union (TEU) and the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) their current form. In these Treaties, Solidarity appears as a value that binds together not only the different Member States but also the citizens of these Member States.³ More specifically, in the TEU, Solidarity appears among the common

³ See A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 33, n. 2, pp. 213-241.

values of the EU Member States (Article 2), while its promotion among Member States, peoples and generations is defined as one of the goals of the common market (Article 3). Solidarity is also established as a principle for the EU's action on the international scene (Article 21), as well as for its foreign and security policy (Article 24).

Similarly, in the TFEU, Solidarity is defined as the grounds for the absence of borders within the Union, as well as for the designation of a common EU policy on asylum, immigration and external border control (Article 67). It is also explicitly stated that Solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, among Member States should govern the policies of the EU in the domains of freedom, security and justice (Article 80), as well as in the domain of energy (Article 194). Economic Solidarity is anticipated in Article 122, according to which:

“without prejudice to any other procedures provided for in the Treaties, the Council, on a proposal from the Commission, may decide, in a spirit of Solidarity between Member States, upon the measures appropriate to the economic situation, in particular if severe difficulties arise in the supply of certain products, notably in the area of energy”.

Moreover, it is envisaged that:

“where a Member State is in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control, the Council, on a proposal from the Commission, may grant, under certain conditions, Union financial assistance to the Member State concerned. The President of the Council shall inform the European Parliament of the decision taken”.

The TFEU also stipulates a specific “Solidarity clause” (Article 222), according to which:

“The Union and its Member States shall act jointly in a spirit of Solidarity if a Member State is the object of a terrorist attack or the victim of a natural or man-made disaster. The Union shall mobilize all the instruments at its disposal, including the military resources made available by the Member States, to: (a) prevent the terrorist threat in the territory of the Member States; protect democratic institutions and the civilian population from any terrorist attack; assist a Member State in its territory, at the request of its political authorities, in the event of a terrorist attack;

(b) assist a Member State in its territory, at the request of its political authorities, in the event of a natural or man-made disaster”.

The strong presence of the notion of Solidarity in the European Treaties, as well as in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, demonstrates that it constitutes one of the fundamental normative principles of the European Union.⁴ Moreover, given the binding force of these documents, the legitimacy of the European Union largely depends on whether it respects and promotes Solidarity, both among states and among European citizens.

Despite the numerous appeals to Solidarity, however, the role of the European Union with regard to social Solidarity is much contested.⁵ The open market policies and the freedom of movement within the Union have put the national social welfare systems under huge pressure. While the EU does not have legislative competence with regard to the national welfare systems, the prohibition of discrimination among European citizens on the grounds of their nationality, the freedom of movement within the EU and the freedom of services, which constitute fundamental principles of the EU legislation, have led to important restrictions on the ability of the Member States to shape their national welfare policies. On the grounds of the Directive 2004/38/EC, Member States are obliged to provide social assistance to EU citizens on the same terms with the nationals, provided that they have been residing in the territory of

⁴ See A. MENENDEZ, *The Sinews of Peace: Rights to Solidarity in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n. 3, pp. 374-398; A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, cit.; A. SOMEK, *Solidarity decomposed: being and time in European citizenship*, in *European Law Review*, 2007, vol. 32, n. 6, pp. 787-818.

⁵ See, for example, the analysis of Maurizio Ferrera and Carlo Burelli, who argue that there is an important structural deficit in Solidarity in the European Union, despite the significant popular support that the principle of Solidarity enjoys. M. FERRERA, C. BURELLI, *Cross-National Solidarity and Political Sustainability in the EU after the Crisis*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019, vol. 57, n. 1, pp. 94-110.

the Member State for five consecutive years.⁶ This has generated fears around the development of “benefit tourism” within the European Union, at the expense of the most “generous” welfare states.⁷ Moreover, on the grounds of the Directive 2006/123/EC on the freedom of services, Member States were forbidden for imposing restrictions on the provision of services from foreign companies coming from other Member States. Since its beginning, this directive has evoked concerns that it would lead to practices of “social dumping”, at the detriment of the national welfare systems.⁸

The tension between national welfare systems and the EU policies is also evident in the case-law of the Court of Justice of the European Union (CJEU). In various cases brought before the CJEU, the applicant Member States have sought to justify restrictions to the welfare benefits provided to migrants from other Member States of the European Union, claiming that the expansion of these benefits to all European citizens residing in the Member State would overburden the national welfare system. The CJEU has sought to balance the freedom of movement and the principle of non-discrimination among EU citizens, on the one side, and the viability of the national social security systems, on the other. Its case law indicates that restrictions to the principle of non-discrimination can be made to prevent migrant EU citizens from becoming an unreasonable burden on the national welfare system of the Member States.⁹ Moreover, the CJEU has explicitly ruled that EU law does

⁶ For more on this point, see the analysis of L. PASQUALI, *The entitlement of migrant Union citizens to social assistance in the host Member State: which kind of solidarity?*, cit., pp. 203-215.

⁷ See H. VERSCHUEREN, *Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of Brey*, in *European Journal of Migration and Law*, 2014, vol. 16, n. 2, pp. 147-179.

⁸ It is indicative that the drafting of this Directive lasted two years, generated a heated debate and has been characterized as “the legislative hot potato of the early twenty-first century”. See C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, in *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n. 2, p. 323.

⁹ See especially the following CJEU cases: Court of Justice, Third Chamber, judgment of 19 September 2013, *Pensionsversicherungsanstalt v Peter Brey*, case C-

not allow EU citizens to exercise their freedom of movement on the sole purpose to obtain the welfare benefits provided in another Member State.¹⁰

Despite this practical compromise between national Solidarity provided by the welfare systems of the Member States and European Solidarity, which would require the provision of welfare benefits to EU migrants, the problem remains. As Alexander Somek remarks, there is a tension between national and European Solidarity since the demands of equal treatment of all EU citizens endanger the viability of the national welfare systems. This tension seems to irrevocably undermine national welfare systems, which appear to be “stingy” and “lacking in credibility”,¹¹ since their reluctance to assist EU migrants is perceived as an inability to function effectively in the contemporary conditions. National welfare systems appear to be uncaring, outdated, inflexible and ineffective. Furthermore, this balance also undermines the legitimacy of the European Union, which appears to be hostile towards the welfare state. This hostility goes both against the political will of the European citizens and the commitment of the European Union to respect social Solidarity, a commitment which is evident in the EU Treaties and the Charter of

140/12; Court of Justice, Grand Chamber, judgment of 11 November 2014, *Dano v Jobcenter Leipzig*, case C-333/13; Court of Justice, Grand Chamber, judgment of 15 September 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln v Nazifa Alimanovic and Others*, case C-67/14 ; Court of Justice, First Chamber, judgment of 25 February 2016, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen v Jovanna García-Nieto and Others*, case C-299/14. For an extensive analysis of the CJEU case law, see L. PASQUALI, *The entitlement of migrant Union citizens to social assistance in the host Member State: which kind of solidarity?*, cit., pp. 203-215. See also O. DE SCHUTTER, *Transborder provision of services and “social dumping”*: Rights-based mutual trust in the establishment of the Internal Market, in I. LIANOS, O. ODUDU (eds.), *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge University Press, 2012, pp. 349-380, and C. BARNARD, *Unravelling the Services Directive*, cit., pp. 323-394.

¹⁰ Court of Justice, Grand Chamber, *Dano*, cit., par. 78.

¹¹ A. SOMEK, *Solidarity decomposed: being and time in European citizenship*, cit., p. 816.

Fundamental Rights of the EU.¹² The result is broad popular distrust regarding the European Union and its impact on the Member States.

Thus, the current legislative provisions around social Solidarity undermine both the national welfare systems and the legitimacy of the EU. On the one hand, freedom of movement and the right to non-discrimination on the basis of nationality are fundamental principles of the European Union and call for the provision of social welfare benefits to all EU citizens, regardless of their nationality. On the other hand, this provision contrasts with the commitment of the EU to respect national welfare systems and national Solidarity, since it risks overburdening the national welfare systems. The solution to this issue cannot be found in the existing legislation around national and European Solidarity, since it is exactly this legislation that creates the problem. The only way to resolve it is *de lege ferenda*, after a normative assessment of the current situation. As Leonardo Pasquali suggests:

“it is up to the Member States of the European Union [...] to decide if they want to proceed towards a real European social citizenship, where migrant Union citizens are entitled to full equality of treatment regarding social assistance from day one of their arrival in the host State, or not”.¹³

As Pasquali points out, this choice would entail the attribution of general redistributive competences to the European Union. In section 4 of this paper, I am going to defend this solution and propose a way in which it could be realized, while still respecting the legislative competence of the Member States on their national welfare policies. Before that, however, it is necessary to demonstrate why it is crucial for the European Union to proceed to the revision of its legislation and address this tension that exists among the freedom of movement and the principle of non-discrimination, on the one hand, and the principle of Solidarity, on the other. This will be the topic of the next section.

¹² M. FERRERA, C. BURELLI, *Cross-National Solidarity and Political Sustainability in the EU after the Crisis*, cit.

¹³ L. PASQUALI, *The entitlement of migrant Union citizens to social assistance in the host Member State: which kind of solidarity?*, cit., p. 90.

3. The current lack of legitimacy

Why should the European Union revise its legislation with regard to social Solidarity, instead of relying on the practical compromise between freedom of movement and social Solidarity achieved by the CJEU? The answer to this question lies in the notion of legitimacy. As I will demonstrate in this section, the policies implemented by the European Union are lacking legitimacy to the extent that they undermine social Solidarity. Since the tension between freedom of movement and social Solidarity is irreconcilable without the revision of the EU legislation, the only way to resolve this lack of legitimacy is *de lege ferenda*.

Most political theorists evaluate the legitimacy of the European Union based on the criteria of “input” and “output” legitimacy.¹⁴ A policy has input legitimacy if the decision for its implementation is taken on the grounds of a just procedure. On the other hand, a policy has output legitimacy if it can be considered to be serving the people’s interests. For example, a policy implemented by a democratically elected government, which is in accordance with constitutional law and seeks to promote the interests of the governed people has both input and output legitimacy. In addition to these criteria, Andrea Sangiovanni has argued for a third criterion of legitimacy, namely “telic legitimacy”.¹⁵ A policy has telic legitimacy if it complies with the purpose of the organization that seeks to implement it. This criterion is important, as a policy may have both input and output legitimacy but still be illegitimate in terms of telic legitimacy. Imagine, for example, a state where the

¹⁴ See F. W. SCHARPF, *Governing in Europe: effective and democratic?*, Oxford University Press, 1999; K. LINDGREN, T. PERSSON, *Input and output legitimacy: Synergy or trade-off? Empirical evidence from an EU survey*, in *Journal of European Public Policy*, 2010, vol. 17, n. 4, pp. 449-467; M. ZÜRN, *Democratic Governance Beyond the Nation-State: The EU and Other International Institutions*, in *European Journal of International Relations*, 2000, vol. 6, n. 2, pp. 183-221.

¹⁵ A. SANGIOVANNI, *Debating the EU's Raison d'Être: On the Relation between Legitimacy and Justice*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019, vol. 57, n. 1, pp. 13-27.

Ministry of Education decides to implement a policy according to which children should take a year of voluntary service at hospitals, orphanages or retirement houses, before graduating from school. This decision may have input legitimacy, if the government was democratically elected and the relevant decision-making procedure was followed. It may also have output legitimacy, serving the interests of the pupils, who would learn to care for others and be socially responsible, as well as of the whole of society, who would gain from such an action. It would not have, however, telic legitimacy since such measures fall outside the purpose of an educational policy.

Whether the European Union's policies have input legitimacy is a much-contested issue, which has often been examined in relation to the accusations of a democratic deficit of the European Union.¹⁶ While the supposed lack of input legitimacy is a very important issue, which would have grave implications for the legitimacy of the European policies as a whole, it does not refer specifically to the question of the welfare state. Thus, I will not examine it here. Instead, I will focus on the issues of output and telic legitimacy, demonstrating that, in this regard, the policies of the European Union are illegitimate insofar as they undermine the national welfare systems.

As the analysis of the EU Treaties demonstrated, Solidarity is a fundamental principle of the European Union. The Charter of Fundamental Rights of the European Union further attests to its crucial position in the European construction. We can assume that the people who supported the European Union did so counting on the declarations of these documents, aspiring that the Union would enhance social Solidarity, expanding its scope from the national to

¹⁶ See B. FINKE, *Civil society participation in EU governance*, in *Living Reviews in European Governance*, 2007, vol. 2, n. 2, available online at <http://www.livingreviews.org/lreg-2007-2> (accessed December 2008); V. A. SCHMIDT, *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and "Throughput"*, in *Political Studies*, 2012, vol. 61, n. 1, pp. 2-22.

the transnational level.¹⁷ Focusing solely on the open market policies, the European Union disregards its obligation to promote social Solidarity, an obligation that it has on the basis of the Treaties and the Charter of Fundamental Rights. As such, its action is lacking in terms of output legitimacy, since it is only partly compatible with the fundamental principles that should guide the action of the Union.

Moreover, the action of the European Union is also lacking in terms of telic legitimacy. Taking into consideration that the earlier aspirations for a more complete European integration, which would lead to a federal state, have failed, we can agree with Sangiovanni that the European Union is a system of cooperation among Member States and among EU citizens, which has as its main purpose to enhance the growth and the problem-solving capacity of the Member States in the era of globalization.¹⁸ The European Union should do neither more than that, since this has been rejected by the Member States,¹⁹ nor less, since this would mean that it would fail to fulfill its role to protect the Member States and their citizens. As we saw, however, the European Union's policies put the national welfare systems of the Member States under considerable pressure, despite the commitment to respect the national competence of the Member States in the field of social security. This result is undermining the credibility and trustworthiness of both the national welfare systems, which appear outdated and inflexible, and the European Union, which appears unable to fulfill its purpose and successfully empower its Member States.

The lack of the Union's policies in output legitimacy could be corrected by taking social Solidarity into consideration when designating the Union's policies, and seeking to balance the free market and the freedom of movement within the Union with considerations of social Solidarity. It could be argued that this is the

¹⁷ See A. MENENDEZ, *The Sinews of Peace*, cit., pp. 374-398.

¹⁸ A. SANGIOVANNI, *Solidarity in the European Union*, cit.; A. SANGIOVANNI, *Debating the EU's Raison d'Être*, cit.

¹⁹ Consider, for example, the rejection of a European Constitution, the growing distrust towards the European Union, and the recent case of Brexit.

path followed by the CJEU, whose case law attempts to find a compromise between the equal provision of social welfare goods to all European citizens residing in a Member State and the protection of the viability of the national welfare systems. The lack of telic legitimacy, however, is more profound and not so easy to overturn. As I already suggested in section 2, the current legislative provisions of the European Union entail an irreconcilable tension between national Solidarity, which remains among the national competences of the Member States, and transnational Solidarity, which is fostered by the European principles of freedom of movement and non-discrimination among European citizens. This tension makes it impossible for the European Union, in its current form, to fulfill its declared goal and protect and promote Solidarity both at the national and the transnational level. The only way to resolve this tension and remedy the lack of the European Union in terms of telic legitimacy, is *de lege ferenda*, through the reexamination of the European Union's legislation.

To find out *how* this problem should be resolved *de lege ferenda*, it is necessary to examine whether there are any morally obliging reasons for the European Union to act in a way that respects and promotes the national welfare systems of the Member States. If no such reason existed, it would be a matter of political judgment to determine whether the Union should take measures in support of the national welfare systems or not. In the following section, however, I am going to demonstrate that there is a crucial, justice-related reason, which suggests that the European Union should take measures in support of the national welfare systems. This reason refers to the normative force of Solidarity as the ground of the welfare systems.²⁰

²⁰ Of course, this does not exclude the possibility that there may be other morally important reasons arguing against the adoption of such measures in the EU. For example, the democratic decisions of the citizens of the Member States should be taken into consideration when deciding whether or not the European Union should enhance its redistributive competences. It is possible that after an overall evaluation of the situation, the European Union should not take measures in support of the national

4. The normative force of Solidarity

As the previous section showcases, the European Union's policies are lacking both in output and in telic legitimacy, to the extent that they undermine the national welfare systems and fail to promote Solidarity at a national and transnational level. This, however, only indicates that the European legislation should be revised, for its policies to gain legitimacy. It does not provide us with any guidance as to which direction this revision should take. The European Union could reassert its legitimacy in two, radically opposed ways. A first course of action could be to increase its redistributive competence, in order to support social welfare at the national and transnational level. A second course of action, however, could be to amend the Treaties so as to exclude social Solidarity from their scope, and transform itself into a transnational union that exclusively aims to establish and promote a common market among the Member States. Both courses of action would restore the European Union's telic legitimacy. As I will demonstrate in this section, however, there are important, justice-related reasons, arguing for the adoption of the former, Solidarity-oriented course of action.

Why should the European Union act in a way which supports Solidarity? Arguments in favor of social Solidarity in the European Union have predominantly been made on two distinct grounds. The first refers to the economic contribution of the EU migrants in their host states, while the second refers to the shared identity that all EU citizens supposedly share. Appeals to each of these criteria justify different conceptions of social Solidarity and have different consequences.

First, it is possible to argue that European citizens should enjoy the benefits of social welfare while working in another Member State of the European Union in the name of their contribution to the

welfare systems. All my argument suggests is that there are reasons in favor of these measures, and that these reasons should be taken into consideration, regardless of the final result of the evaluation.

economy of their states of residence.²¹ This contribution constitutes a strong reason in favor of social Solidarity, as it would be unjust for these people not to be receiving the benefits of their contribution. However, from a normative perspective, there seems to be no valid reason to refer to this criterion as grounding some kind of *European Solidarity*. Arguably, any individual who contributes to the economy of her state of residence should have access to the welfare benefits related to this contribution.²² The origin of the workers does not appear as a morally relevant reason to restrict access to this kind of social Solidarity.

Moreover, grounding Solidarity on this criterion only explains and justifies provisions of national Solidarity, through the national welfare systems, extending it to EU migrants. It does not justify any sort of transnational Solidarity among the European Member States. Being essentially a form of national Solidarity, extended to EU migrants, this ground of Solidarity does not answer to the question of why the European Union should take action to support social Solidarity. It only demonstrates how states should designate their national welfare systems, in order to treat EU migrants fairly. From a normative viewpoint, the same obligation to extend social welfare benefits to migrant workers applies to states that do not belong in the European Union. Similarly, the Member States of the European Union would still have the obligation to extend welfare provisions to migrant workers even if the European Union did not exist as a Union. Thus, extending the provision of welfare benefits to those who contribute to the economy of the state is a general normative principle for the designation of welfare systems and does not

²¹ This rationale explains why social Solidarity is most broadly accepted towards those European citizens who are active members of the economy of their states of residence. This category covers not only workers, but also their families, as well as students, as has long been accepted in the EU legislation and case-law. See L. PASQUALI, *The entitlement of migrant Union citizens to social assistance in the host Member State: which kind of solidarity?*, cit.

²² On this point, see, for example, the analysis of J. CARENS, *The ethics of immigration*, Oxford University Press, 2015, pp. 110-128.

establish any specifically *European* obligation of Solidarity, neither with respect to its recipients nor with respect to the states that bear this obligation.

A second argument in favor of social Solidarity within the European Union has been made in the name of the shared European identity of the members of the European Union.²³ According to this argument, being a member of the European Union generates rights and duties of social Solidarity in the same way that being a member of a state does. States should grant EU citizens access to the national welfare systems not because of their economic contributions but because of their European identity. This would entail a more generous conception of Solidarity, expanding not only to those economically active, but to any EU citizens residing in the host state. Moreover, this argument grounds a distinctively *European* Solidarity, since it applies to all European citizens and only to them, by virtue of belonging in the European Union. Correspondingly, the obligations of Solidarity that this conception entails fall upon the Member States on the grounds that these states make part of the European Union. Grounding an obligation to social Solidarity on European identity also allows us to conceive obligations of social Solidarity that do not fall upon the Member States but on the Union as a whole. That is, if European citizens are entitled to social provisions by virtue of being Europeans, then we could plausibly argue that the European Union has the obligation to support the viability of national welfare systems, in order to secure the enjoyment of social provisions by all European citizens, no matter in which Member State they may reside.

The problem with this argument is that it is not clear why a shared identity is a valid ground of Solidarity. Why should a state provide more welfare benefits to a European citizen than to a resident of non-European origin? Moreover, as Sangiovanni remarks in his analysis of the grounds of Solidarity, what about citizens of the Member

²³ See C. BARNARD, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *Social welfare and EU law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, pp. 157-180.

States who do not identify with their European identity?²⁴ And what about those citizens who may even feel partly European, but do not consider this European identity as important enough? Why should they be bound by obligations of Solidarity? European identity is by itself a very shaky notion, given the great diversity that exists among the various European states, as well as the various, often conflicting, interests that citizens of these states may have.²⁵ Considering this, it seems that in order to justify the extension of national social Solidarity to EU migrants, an appeal to shared identities is not enough. States should be able to justify the extension of social Solidarity to EU migrants by appealing to something more substantial than a shared identity that may or may not exist.

Thus, it appears that neither economic contribution nor a shared European identity can serve as adequate grounds for European Solidarity. The economic contribution of the workers and their families in the economies of their host states serves as a ground for social Solidarity, but does not justify a distinctively *European* Solidarity, nor does it establish any transnational obligations of Solidarity. On the other hand, while conceiving Solidarity on the grounds of identity allows both for a distinctively European conception of Solidarity and for the establishment of transnational obligations of Solidarity, it is doubtful whether identity can serve as a sufficient ground for these obligations. If we are to move beyond the national Solidarity that the criterion of economic contribution entails, towards a conception of distinctively European Solidarity, we need to ground it on something more uncontroversial than a notion of identity.

Such a ground of Solidarity that could allow us to establish a European obligation of social Solidarity without resorting to identity

²⁴ A. SANGIOVANNI, *Solidarity as Joint Action*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2015, vol. 34, n. 4, pp. 340-359.

²⁵ For more on this point, see R. BABAYEV, *Re-Shaping the Paradigm of Social Solidarity in the EU: On the UK's Welfare Reforms and Pre- and Post-EU Referendum Developments*, in *European Journal of Social Security*, 2016, vol. 18, n. 4, pp. 356-379.

has been proposed by Sangiovanni in his article “Solidarity as Joint Action”. There, Sangiovanni argues that obligations of social Solidarity can be grounded on the grounds of reciprocity, when multiple parties have engaged in a common project, which entails benefits and costs. Under these conditions, reciprocity demands that all members of the common project share the benefits and the burdens that derive from their cooperation in a fair way. Thus, the participants who gain most benefits from the common effort offer a fair return to the other participants in the common project, since these benefits would not have been generated without their engagement in the common effort. In the words of Sangiovanni:

“the demand for social justice is, in the first instance, a demand of *reciprocity* – a reciprocity that, *when recognized and endorsed*, also becomes a form of Solidarity”.²⁶

This conception of social Solidarity as the obligation which arises from the assumption of some action in common with others applies particularly well to the European project. As it has already been suggested in section 3, the best way to conceive the European Union is as a system of cooperation which aims at the promotion of the interests and the problem-solving capacities of its Member States and their citizens in an era of globalization.

This understanding of the European Union entails that the Member States of the European Union are under the obligation to

²⁶ A. SANGIOVANNI, *Solidarity as Joint Action*, cit., p. 356. As Sangiovanni remarks, it is important to distinguish solidarity as a demand of social justice from what he calls *caritas*, that is, love, compassion or charity. He argues that various behaviors that are commonly perceived as solidaristic, such as, for example, fighting against global poverty, actually fall within the scope of *caritas*. The difference among these two notions is, for Sangiovanni, that in the case of Solidarity we are sharing the burdens of a shared activity that we are undertaking together with the others, in order to realize some common goal, while in the case of *caritas* there may be other reasons which impel us to take action. In the context of the European Union, it is particularly important to distinguish between obligations of Solidarity, which derive from reasons of social justice, from behaviors of charity. While charity may be morally praiseworthy, it is not demanded by reasons of justice, but depends on the good will of the donor. On the other hand, failing to comply with the demand of solidarity may compromise the justice of the EU edifice.

share the benefits and the burdens of this cooperation in a fair way. In this context, both the freedom of movement of the EU citizens within the Union and the non-discrimination principle are important features of the European Union that allow it to fulfill its aim. In this sense, their implementation brings important benefits, which would not have been accomplished without the joint effort of all Member States. In order to achieve and maximize these benefits, provisions which guarantee the equal access of EU migrants to the national welfare systems may be crucial. Moreover, the extension of access to welfare even to those European citizens who are not economically active would bring important benefits to the European Union as a whole. Encouraging transnational mobility within the European Union would not only be economically advantageous, but also would contribute to the development of the links of cooperation and trust among Europeans, solidifying the project of the European Union and ensuring that the peoples of the Member States continue to support it.²⁷ Consequently, in order to fulfill its purpose and promote the benefits of its Member States, the European Union has important reasons to insist on promoting national social Solidarity, as well as extending it to all European citizens, instead of abolishing it from its scope of action.

However, as it has already been argued, freedom of movement and the principle of non-discrimination also come with an important cost for the national welfare systems of the Member States. This cost increases insofar as the conception of social Solidarity endorsed by the European Union calls for the extension of the access to welfare to all European citizens irrespective of their economic contribution to the economies of their host states.²⁸ This situation creates

²⁷ On the importance of trust for the European Union's project, see H.-D. KLINGEMANN, S. WELDON, *A crisis of integration? The development of transnational dyadic trust in the European Union, 1954–2004*, in *European Journal of Political Research*, 2013, n. 52, pp. 457-482.

²⁸ See M. DOUGAN, E. SPAVENTA, *'Wish You Weren't Here...' New Models of Social Solidarity in the European Union*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.), *Social welfare and EU Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

obligations of transnational Solidarity, according to the conception of Solidarity which we endorsed. Indeed, the European Union is a common project which brings benefits and burdens to the Member States. Some of the burdens refer to the pressure that the national welfare systems of some member states are subjected to, because of their participation in the European Union and the subsequent respect of the freedom of movement and of the principle of non-discrimination that EU membership entails. Since the European Union benefits from this participation, it follows that it is under the obligation to compensate these states for the unfair burdening of their national welfare systems. This could happen, for example, through the creation of some European Solidarity fund, which could be distributed to the Member States, according to the extent that their national security systems have been overburdened due to their participation in the EU project. This solution respects the exclusive national competence of the Member States over national welfare but ensures that the burdens that EU membership implies to the national welfare systems are equally shared by all Member States of the European Union. Moreover, this obligation is grounded on the idea that the Member States have benefited from being part of the European Union, and that, through transnational Solidarity, they are returning some of the benefits that they have gained in order to retribute any unfair burdening imposed to national welfare systems for the creation of these benefits. Justified in this way, this obligation of transnational Solidarity is difficult to be refuted by the Member States.²⁹

This analysis demonstrates that there is an obligation of social Solidarity on the grounds of the fair allocation of the burdens and benefits that derive from participating in the common project of the European Union. This means that the action of the European Union calls, first of all, for the support of national Solidarity extended to all Europeans, either economically active or inactive, in order to enhance the common European project. Second, it demands the

²⁹ See also F. W. SCHARPF, *The European social model*, cit.

development of transnational Solidarity among the Member States of the European Union, in order to remunerate those Member States whose national welfare systems are unfairly burdened because of the participation in the European Union and the subsequent provision of welfare benefits to all EU citizens residing in their territory.

5. Conclusions

In this paper, I examined the question of social Solidarity in the European Union, from a normative perspective. First, I demonstrated that appeals to Solidarity have been pivotal in the creation of the European Union, from its very first beginnings as a European Coal and Steel Community. The notion of Solidarity has been present ever since, and today occupies a fundamental position both in the European Treaties and in the Charter of Fundamental Rights of the European Union. However, despite its strong presence in the Treaties and the Charter, social Solidarity is also compromised by the European Union. This happens because the freedom of movement and the principle of non-discrimination, which are fundamental for the European Union's project, are putting national social security systems under considerable pressure.

This situation is problematic since it undermines the legitimacy of the European Union. Given that the European Union is under the commitment to respect and promote Solidarity, on the grounds of its founding Treaties, its actions are lacking in output legitimacy to the extent that they compromise the very notion of Solidarity that they are supposed to protect. Moreover, the European Union appears to be lacking in telic legitimacy, since it fails to fulfill its purpose to promote not only a common market but also social Solidarity. This lack of legitimacy means that the European Union should revise its legislation, in order to resolve the tension which currently exists among the principles of free movement and of non-discrimination and the principle of Solidarity. The question that arose at this point of my analysis was whether the European Union should be free to revise its legislation at discretion, or whether there are reasons,

related to justice, that call for a revision that would support and promote national and transnational Solidarity. My argument suggested that, while the most common appeals to social Solidarity in the name of the economic contribution of the EU migrants and the shared identity of all Europeans fail to serve as adequate grounds for establishing an obligation of European social Solidarity, this obligation can be successfully grounded on the basis of the shared European project in which all Member States of the European Union partake. Referring to Sangiovanni's analysis of Solidarity as joint action, I demonstrated that such an obligation exists on the grounds that the European Member States have collectively engaged in the European Union project. This collective engagement has created benefits to all Member States but has also led to the unequal burdening of the national welfare systems of certain Member States. The EU project not only calls for the extension of access to the national welfare systems to the EU migrants residing in the Member States, supporting national Solidarity, but also requires the development of a system of transnational Solidarity, in order to compensate Member States for any unfair burdens imposed to their welfare systems by virtue of their membership in the European Union.

Bibliography

BARNARD C., *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, in DOUGAN M., SPAVENTA E. (eds.), *Social welfare and EU law*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

BARNARD C., *Unravelling the Services Directive*, in *Common Market Law Review*, 2008, vol. 45, n. 2.

DE SCHUTTER O., *Transborder provision of services and "social dumping": Rights-based mutual trust in the establishment of the Internal Market*, in LIANOS I., ODUDU O. (eds.), *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO: Trust, Distrust and Economic Integration*, Cambridge University Press, 2012.

DOUGAN M., SPAVENTA E., *'Wish You Weren't Here...'* *New Models of Social Solidarity in the European Union*, in DOUGAN M., SPAVENTA E. (eds.), *Social welfare and EU law*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

FINKE B., *Civil society participation in EU governance*, in *Living Reviews in European Governance*, 2007, vol. 2, n. 2.

JONES B., *EU common policy on asylum, irregular migration and external border control and Solidarity between Member States*, in JIMÉNEZ PIERNAS C., PASQUALI L., PASCUAL-VIVES F. (eds.), *Solidarity and protection of individuals in EU law: Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017.

LINDGREN K., PERSSON T., *Input and output legitimacy: Synergy or trade-off? Empirical evidence from an EU survey*, in *Journal of European Public Policy*, 2010, vol. 17, n. 4.

MENENDEZ A., *The Sinews of Peace: Rights to Solidarity in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Ratio Juris*, 2003, vol. 16, n. 3.

PASQUALI L., *The entitlement of migrant Union citizens to social assistance in the host Member State: which kind of Solidarity?*, in JIMÉNEZ PIERNAS C., PASQUALI L., PASCUAL-VIVES F. (eds.), *Solidarity and protection of individuals in EU law: Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017.

SANGIOVANNI A., *Solidarity in the European Union*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 33, n. 2.

SANGIOVANNI A., *Solidarity as Joint Action*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2015, vol. 34, n. 4.

SANGIOVANNI A., *Debating the EU's Raison d'Être: On the Relation between Legitimacy and Justice*, in *Journal of Common Market Studies*, 2019, vol. 57, n. 1.

SCHARPF F. W., *Governing in Europe: effective and democratic?*, Oxford University Press, 1999.

SCHMIDT V. A., *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and "Throughput"*, in *Political Studies*, 2012, vol. 61, n. 1.

SOMEK A., *Solidarity decomposed: being and time in European citizenship*, in *European Law Review*, 2007, vol. 32, n. 6.

VERSCHUEREN H., *Free Movement or Benefit Tourism: The Unreasonable Burden of Brey*, in *European Journal of Migration and Law*, 2014, vol. 16, n. 2.

ZÜRN M., *Democratic Governance Beyond the Nation-State: The EU and Other International Institutions*, in *European Journal of International Relations*, 2000, vol. 6, n. 2.

III

The legal meaning of a disaster under the European Union legal system

*André Augusto Giuriatto Ferrazo**

Summary: 1. Introductory aspects of Solidarity in cases of disasters in the European Union – 2. The concept of natural and man-made disasters – 3. The concept of crisis and disaster in the application of the Solidarity clause – 4. Final remarks.

1. Introductory aspects of Solidarity in cases of disasters in the European Union

The principle of Solidarity can be used to mitigate the impacts of disasters. Population growth, food demand, and intensive use of water and energy cause overexploitation of the food, energy, and water systems that, combined, give rise to and leverage the impacts of climate change.¹ Given the intensification of the climate change effects, disaster management and recovery in States affected by events of this magnitude have become a legal concern.

Natural factors added to human activity have increased the occurrence of disasters, causing direct violations of citizens' rights, as well as of the environment, triggering disruptive consequences in

* PhD Student, Faculty of Law, University of Brasília.

¹ Such as increased periods of drought, flooding, storms, melting ice, and the resulting rising sea levels. See B. C. BATES et al., *Climate change and water. Technical paper of the intergovernmental panel on climate change*, Geneva, IPCC Secretariat, 2008.

society – such as the partial compromise of infrastructure, means of transportation, water supply, electricity and housing.² In this sense, the occurrence of disasters causes violations of human rights, e.g. the right to life, food, housing, health, and property.³

Thus, thinking about approaches to prevent the occurrence of disasters in the climate change scenario is also a way to elaborate about the protection of situations related to three dependent global concerns: water security,⁴ sustainable energy, and food security. This is because disasters caused by climate change affect the food supply, water viability, and electric power supply (essential sectors for population development), resulting in economic losses, energy and food insecurity, and risks to human health.⁵ These elements are presented in an iterative, connected, and integrated cycle.

In a manifestation of the Solidarity principle, after the Treaty of Lisbon, the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) provides an important mechanism for mutual assistance

² See A. TONUTTI, *Famine Crisis and International Crimes*, in *ILD Working Paper*, 2014.

³ See INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Preliminary Report on the Protection of Persons in the Event of Disasters by Mr. Eduardo Valencia-Ospina Special Rapporteur*, UN Doc A/CN.4/598, 5 May 2008, paragraph 26; D. A. FARBER, *Disaster Law and Emerging Issues in Brazil*, in *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, 2012, vol. 4, issue 1, pp. 2-15; D. W. CARVALHO, F. DAMACEN, *A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas eo papel do Direito Ambiental*, in *Revista de Informação Legislativa*, 2012, vol. 193, pp. 83-97.

⁴ Quantity and quality of water for health, subsistence, ecosystems, and production, considering acceptable levels of risk to people, the environment, and the economy. It consists of “keeping four water-related risks at acceptable levels: the risk of scarcity, such as lack of sufficient water (short and long term); the risk of inadequate quality for a specific purpose or use; the risk of excesses (including flooding); and the risk of deterioration of the resilience of freshwater systems, causing irreversible damage to the hydraulic and biological functions of the system”. See D. GREY, C. SADOFF. *Sink or Swim? Water security for growth and development*, in *Water Policy*, 2007, vol. 9, n. 6; OCDE, *Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, Water Security for Better Lives*, in *OECD Studies on Water*, OECD Publishing, 2013.

⁵ See J. C. TUNDISI (ed.), *Recursos hídricos no Brasil: problemas, desafios e estratégias para o futuro*, Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Ciências, 2014.

between the Member States of the European Union in disaster situations, establishing the Solidarity clause,⁶ Article 222 of the TFEU.⁷ The clause is considered to be an emerging “Solidarity system” of the European Union because it can be invoked as a kind of last resort to safeguard the political and economic interests, the survival of a Member State hit by a terrorist attack or a disaster.⁸ It is a mechanism of shared responsibility and interest between individuals, which leads to the inherently non-commercial act of involuntary subsidization of one social group by another.⁹

⁶ See T. RUSSO, *Natural and man-made disaster: Solidarity among Member States*, in C. JIMÉNEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASCUAL-VIVES (eds.), *Solidarity and protection of individuals in EU law. Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 3.

⁷ “Article 222 TFEU: 1. The Union and its Member States shall act jointly in a spirit of solidarity if a Member State is the object of a terrorist attack or the victim of a natural or man-made disaster. The Union shall mobilize all the instruments at its disposal, including the military resources made available by the Member States, to: (a) - prevent the terrorist threat in the territory of the Member States; - protect democratic institutions and the civilian population from any terrorist attack; - assist a Member State in its territory, at the request of its political authorities, in the event of a terrorist attack; (b) assist a Member State in its territory, at the request of its political authorities, in the event of a natural or man-made disaster. 2. Should a Member State be the object of a terrorist attack or the victim of a natural or man-made disaster, the other Member States shall assist it at the request of its political authorities. To that end, the Member States shall coordinate between themselves in the Council. 3. The arrangements for the implementation by the Union of the solidarity clause shall be defined by a decision adopted by the Council acting on a joint proposal by the Commission and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy. The Council shall act in accordance with Article 31(1) of the Treaty on European Union where this decision has defense implications. The European Parliament shall be informed. For the purposes of this paragraph and without prejudice to Article 240, the Council shall be assisted by the Political and Security Committee with the support of the structures developed in the context of the common security and defense policy and by the Committee referred to in Article 71; the two committees shall, if necessary, submit joint opinions. 4. The European Council shall regularly assess the threats facing the Union in order to enable the Union and its Member States to take effective action.”

⁸ See INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Preliminary Report on the Protection of Persons in the Event of Disasters by Mr. Eduardo Valencia-Ospina Special Rapporteur*, cit., paragraph 50.

⁹ Opinion of Advocate General Fennelly in *Sodemare*, Case C-70/95 [1997], § 29.

The case law of the European Court of Human Rights (ECtHR)¹⁰ confirms that, in the event of disasters, European Member States have a positive obligation to take appropriate measures to safeguard the right to life and the right to property of those under their jurisdiction. However, adequate aid comes up against obstacles, such as the concern for the free internal market, the adequacy of available resources for mutual aid and, especially, the principle of sovereignty, since states are generally not obliged to assist other countries affected by disasters.¹¹ Moreover, under customary International Law, affected States are not obliged to request or accept such assistance.¹²

Although Article 222 TFEU has provided a more detailed provision on Solidarity within the European Union, its application requires a better understanding of the characterization of disasters to avoid the misuse of the Solidarity clause. The application of the Solidarity clause faces a terminological issue since the concepts of crisis and disasters are not clarified by the TFEU and Council decisions.¹³

In this sense, it is important to present some contributions from Disaster Law to the understanding of the legal concept of a disaster in the European Union legal system. To this end, some considerations on the concepts of natural disasters and man-made

¹⁰ European Court Of Human Rights, Grand Chamber, judgement of 30 November 2004, App n° 48939/99, *Öneriyildiz v Turkey*, at paras 71-89; European Court Of Human Rights, judgement of 20 March 2008, App n° 15339/02, *Budayeva and others v Turkey*, at paras 128-129; European Court Of Human Rights, judgement of 28 February 2012, App n° 17423/05, *Kolyadenko and others v Russia*, at paras 157-158; European Court Of Human Rights, decision of 15 May 2012, App n° 20701/09, *Hadzhiyska v Bulgaria*, at paras 14-15.

¹¹ See S. OLSSON (ed.), *Crisis Management in the European Union. Cooperation in the Face of Emergencies*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2009, p. 1.

¹² See C. FOCARELLI, *Duty to Protect in Cases of Natural Disasters*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2014, pp. 150-151.

¹³ See T. RUSSO, *Natural and man-made disaster: Solidarity among Member States*, cit., p. 5; Council Decision, 2014/415/EU of 24 June 2014 on the arrangements for the implementation by the Union of the Solidarity clause (OJ L 192, 1.7.2014).

disasters will be presented as a first step, to contribute to the formation of a legal sense of disasters (Paragraph 2). A legal definition of the concept of disasters from Disaster Law is presented as follows, distinguishing the concepts of crisis and disaster for the application of the Solidarity clause (Paragraph 3).

2. The concept of natural and man-made disasters

Although Article 222 TFEU has given the content and procedural aspect of Solidarity in the European Union Law, there is still no agreement on its precise definition. In this sense, an obligation cannot be imposed on the Member States to act jointly in a situation of a natural or man-made disaster or even a terrorist attack.¹⁴

There is the possibility of applying the clause in the face of three events: natural disasters, man-made disasters, and terrorist attacks. As for the definition and characterization of a terrorist attack, this concept does not present a great obstacle for the application of the clause, since its understanding is beyond doubt.¹⁵ Nevertheless, the application of Article 222 in cases of disasters is more imprecise as it has a broad concept within the TFEU.

There is no doubt that Solidarity is one of the main values of the European legal system, with a central role in the creation of its norms. However, it is not yet clear how the Solidarity clause is to be applied in the event of disasters since this concept *per se* does not provide a definition for its characterization and consequent application.

The decision 2014/415/EU presents some initial contributions in this sense. Decision 2014/415/EU specified that disaster means “any situation which has or may have a severe impact on people, the

¹⁴ See T. RUSSO, *Natural and man-made disaster: Solidarity among Member States*, cit., p. 7.

¹⁵ See M. DEL CHICCA, *Solidarity among Member States in case of a Terrorist Attack*, in C. JIMÉNEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASCUAL-VIVES (eds.), *Solidarity and protection of individuals in EU law. Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017.

environment or property, including cultural heritage”, while crisis means “a disaster or terrorist attack of such wide-ranging impact or political significance that it requires timely coordination and response to policies at the political level of the Union”.¹⁶ The definition, however, does not clarify any parameters related to a disaster for the application of the Solidarity clause. Under the terms of the decision, any impact situation, whether caused by man or nature, would give rise to the application of the clause.

In Law, these phenomena are part of a system that deals with the legal treatment of negative environmental events, the Disaster Law, a branch that emphasizes the function of the legal system to reduce the vulnerabilities that lie behind these events: the difficulties of preventing damage; of measuring it; of identifying those responsible, when applicable; of repairing the damage, among other issues. This branch identifies the structures and functions with the existing steps in the cycle of a disaster, i.e.: prevention and mitigation; emergency response; compensation to victims and the environment; reconstruction of the affected community, and environment. These phases are interconnected circularly by the existing and necessary risk management link at each of these phases. Based on this cycle and the role of law, the discipline presents the applications of the instruments on two risk management fronts: first, emergency, compensatory, reparatory responses; second, mitigation and prevention of damage.¹⁷

¹⁶ See T. RUSSO, *Natural and man-made disaster: Solidarity among Member States*, cit., p. 9.

¹⁷ For a theoretical systematization of Disaster Law, see D. A. FARBER, *Disaster Law and Inequality*, in *Law & Inequality*, 2007, vol. 25, n. 2, pp. 297-321; D. A. FARBER, *Environmental Disasters: An Introduction*, in *UC Berkeley Public Law Research Paper*, 2011, n. 1898401; D. A. FARBER, *Catastrophic risk, climate change and disaster law*, in *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, 2012, vol. 16, pp. 37-54; D. A. FARBER, *Climate Change and Disaster Law*, in K. GRAY, R. TARASOFSKY, C. CARLARNE (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, 2016; D. W. CARVALHO, *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015; D. W. CARVALHO, *O Papel do Direito e os*

For Disaster Law, the legal sense of disaster is related to the perception of two other elements, risk and crisis, which are not confused with disasters. Risk is conceptualized as the contextualization of a dangerous situation, i.e. the materialization of an unwanted event.¹⁸ It is expressed as the influences caused by internal and external factors that can affect the systemic stability of an organization.

The risk should represent an estimate of the potential damage to which persons, goods, or economic activities would be subject to, taking into account the probability of occurrence of an adverse event in this period and the vulnerability of the exposed elements.¹⁹

The crisis, on the other hand, can be understood as an extreme phenomenon that can affect the quality of human life and the environment. Due to their complexity, crises can have varied and sometimes competing causes, for instance, climate change and intensive anthropogenic actions, such as deforestation, industrial production, pollution, and urbanization.²⁰

Despite the scientific uncertainties regarding the causes of the crises, climate change (i) seems to play a prominent role in this scenario. Other factors that amplify the risks and costs of disasters are added, such as (ii) modern economic conditions; (iii) population

Instrumentos de Governança Ambiental para Prevenção dos Desastres, in *Revista de Direito Ambiental*, 2014, vol. 75, pp. 45-74; D. W. CARVALHO, *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013; D. W. CARVALHO, F. D. L. DAMACENA, *Direito dos desastres*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013; D. W. CARVALHO, *Brumadinho, 2019: análise das narrativas de uma catástrofe a partir do Direito dos Desastres*, in *Revista dos tribunais*, 2019, vol. 1002, pp. 87-102; D. W. CARVALHO, *As mudanças climáticas e a formação do Direito dos Desastres*, in *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, 2013, vol. 18, pp. 397-415.

¹⁸ See L. H. SÁNCHEZ, *Avaliação de impacto ambiental: Conceitos e métodos*, São Paulo, Oficina de Textos, 2013, II ed., p. 583.

¹⁹ See CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ESTUDOS E PESQUISAS SOBRE DESASTRES, *Capacitação em gestão de riscos*, Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016, II ed.

²⁰ See J. C. TUNDISI (ed.), *Recursos hídricos no Brasil: problemas, desafios e estratégias para o futuro*, Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Ciências, 2014.

growth and demographic trends; (iv) land-use decisions; (v) and green and built infrastructure.²¹ Given these factors, it is possible to state that the occurrence of disasters, in general, presents competing human and natural causes, which makes it impossible to distinguish between human and natural disasters.

In this regard, this paper proposes that the concept of disaster should be unified, since the factor that motivates the obligation of mutual assistance is its consequences and not its causes. The legal meaning of a disaster, therefore, presents relevance to the Law when its configuration is expressed by consequential terms.

Disasters are conceptualized from a triangulation of factors such as (i) causes (physical, anthropogenic, or mixed); (ii) consequences (lives, properties, and environment); (iii) systemic stability (state of disaster or emergency situation).²² To attribute the definition of disasters solely out of their causes is to return to a naturalistic perception of the events, through a Cartesian logic between man and nature, which is quite far from the complexity of the relations that the globalized world presents today.

Hence, the understanding of the legal sense of disaster is related to the analysis of its causes, consequences, and the stability of the affected system. Regarding consequences, the definition acquires legal utility that is aligned with epistemological anthropocentrism, since disasters are related to loss of human life and property. This concept contributes to the operationalization of the concept of disasters because it is easily measurable in a negative event.

Thus, the legal concept of disaster, from its causes and consequences, would be of mixed causes events capable of compromising the environmental functions or injuring human interests caused by some environmental damage. This concept is added to the analysis of the stability of the system affected by the negative event.

²¹ See D. W. CARVALHO, *As mudanças climáticas e a formação do Direito dos Desastres*, cit.

²² See D. W. CARVALHO, *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação*, cit.

Disasters may be associated with natural, technological, or socio-political circumstances, endogenous or exogenous to the social system, that generate systemic loss and instability. This complexity is inherent to the context of a “risk society”,²³ in such a way that the occurrence of a disaster causes an operational indefiniteness between the social, economic, political, and legal systems because they lose their stability and operability, due to the impossibility of returning to the ordinary state of action that existed before the occurrence of the disaster.

Disasters, therefore, cause the destabilization of systems to the point of losing the capacity for functional differentiation and operationalization to equate the responses to this event. Thus, the legal meaning of disasters rests on the need to anticipate uncertain or potentially identifiable catastrophic risks to safeguarding the operationalization and functionality of systems.

This understanding of disaster is even verified in the International Law Commission when they mention that disasters are events that result in human suffering and environmental damage, and that seriously disrupt the functioning of society.²⁴ This concept, based on the consequences and the analysis of the stability of systems, is more appropriate when evoking the Solidarity clause in comparison to the one solely based on the causes, since the distinction between natural and man-made disasters is not clear in practice.

3. The concept of crisis and disaster in the application of the Solidarity clause

Considering the legal concept of disasters, it is important to analyze the distinction between crisis and disasters, bearing in mind the Council decision 2014/415/EU. Through this decision, it remains clear that a crisis can result from a disaster, which in turn can lead to

²³ See U. BECK, *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*, Rio de Janeiro, Editora 34, 2010 (Trad. Sebastião Nascimento).

²⁴ INTERNATIONAL LAW COMMISSION, *Report of the International Law Commission on the work of its sixty sixth session*, UN Doc. A/69/10, 2014, p. 87.

a political and economic crisis in a state, requiring coordinated assistance from the European Union.²⁵ This understanding is of fundamental importance so that the Solidarity clause is not distorted.

Solidarity has played an important role in the face of disasters. The European Union's response in cases of flooding, for example, has found shelter in the principle of Solidarity, as shown in the Commission's 2002 communication:

“We are a community of peoples on the path to closer union. It is only right and natural therefore that the citizens, Member States and Community Institutions feel a spontaneous urge to show their sympathy for the victims of the floods through practical gestures of financial Solidarity in particular”.²⁶

An important case that exemplifies the conceptual confusion between crisis and disaster for the application of Article 222 TFEU is the Greek case *Anagnostakis vs Commission*, due to the financial crisis affecting Greece. In this aspect, it is important to point out that crises and disasters are distinct situations. Decision 2014/415/EU, in specifying the concepts of crisis and disasters, made it clear that the crisis is a post-disaster situation on which timely coordination and response to policies at the political level of the Union are required.

Thus, while a disaster refers to a situation with a major impact, the definition of crisis relates to a post-factual context. When thinking of an economic crisis, as in the case of Greece, what would be the disaster that precedes the turmoil of the financial system and that could justify the application of Article 222 TFEU? Poor financial management, for example, cannot be characterized as a disaster. Even if it entails weakening social conditions and economic systems, financial management does not come close to the idea of risk related to the occurrence of disasters.

²⁵ See T. RUSSO, *Natural and man-made disaster: Solidarity among Member States*, cit., p. 9.

²⁶ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, *The European Community Response to the Flooding in Austria, Germany and Several Applicant Countries - A solidarity Based Initiative*, 28.08.2002, COM (2002) 481 final, p. 3.

Financial risk, in these cases, presents itself within an economic logic of predictability. This element, which is predictability, is not verified in the occurrence of disasters worthy of the Solidarity protection stipulated by Article 222 of the TFEU. In the context of the economic crisis, it is not possible to verify the characteristics of inevitability, uncertainty, and vulnerability related to a disaster and, therefore, is not to be confused with it.

Analysis of international cooperation mechanisms in the European Union suggests that the Union can strengthen Solidarity among the Member States and, consequently, can positively affect, at least to some extent, the protection of the rights of persons touched by disasters. It also indicates, however, that international organizations still encounter an obstacle in the principle of sovereignty, since the European Union's legal order does not explicitly contemplate obligations regarding responses to international disasters, which can be used to ensure full compliance with the rights of affected persons.²⁷

The Solidarity clause is not limited to mobilizing the operational resources of the Member States, but also to directly providing financial resources. However, it should be applied to help EU countries in disaster recovery, based on the analysis of causes, consequences, and stability, originating from negative events related to the risk factor and unpredictability.

These factors, in general, are characterized by the occurrence of natural events whose effects are intensified or caused by human actions. In this regard, an expression of Solidarity by the European Community with the population of regions affected by disasters has been the provision of financial assistance to contribute to a rapid return to normal living conditions, stipulated by the European Union

²⁷ See M. GATTI, *Disaster Management in EU Law: Solidarity among Individuals and among States*, in M. HESSELMAN, A. H. DE WOLF, B. TOEBES (eds.), *Socio-Economic Human Rights in Essential Public Services Provision*, London, Routledge, 2016, p. 12.

Solidarity Fund, established in Regulation 2012/2002 and subsequently amended by Regulation 661/2014.²⁸

In this context, the Solidarity Fund can only be used in the event of natural disasters, as it should not relieve third parties who are liable in the first instance for damage caused by them. This logic reinforces the perception that unpredictability and inevitability are essential elements in the characterization of a disaster under the Solidarity clause. Therefore, the damage caused by economic operators finds its origins in these same operators, and there is no need for public authorities, such as the European Union, to provide economic support, while the risk is a predictable element of these activities.

4. Final remarks

There is a global concern about the occurrence of disasters, whose magnitudes have been intensified with the effects of climate change. This concern has been reflected in the development of normative instruments aimed to ensure the protection of human rights, especially those related to life and property, both from a preventive and reparative perspective.

Due to the unlikelihood of individual recovery from the occurrence of disasters, mutual assistance to restore order to political, social, and economic systems in states and regions affected by disasters is an expression of Solidarity. For this reason, Article 222 TFEU has come to characterize an emerging system of Solidarity to safeguard the Member States affected by disasters.

However, the application of that article still requires improvement, as the TFEU and the decisions of the European Union have not yet given a precise definition to what is meant by disasters. Although the article mentions the occurrence of natural and human

²⁸ Council Regulation (EC) No 2012/2002 of 11 November 2002 establishing the European Union Solidarity Fund (OJ L311/3); Regulation (EU) No 661/2014 of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 amending Council Regulation (EC) No 2012/2002 establishing the European Union Solidarity Fund (OJ L189/143).

disasters, in a modern risk society, the separation between the causes of disasters is quite complex in practice.

Faced with this complexity, Disaster Law has come to equate the legal meaning of disasters from the combination of their causes, consequences, and stability of systems. Thus, in addition to the causes of disasters, the consequences related to the right to life and property, as well as the stability and operational capacity of social, economic, and political systems of the Member States in a disaster situation should be investigated.

In this regard, the characterization of disasters is not confused with the idea of crisis. Although a crisis may be established because of a disaster, disasters, worthy of the protection established by Article 222 TFEU, relate to negative events permeated by risk and unpredictability.

Bibliography

BATES B. C. et al., *Climate change and water*, in *Technical paper of the intergovernmental panel on climate change*, Geneva, IPCC Secretariat, 2008.

BECK U., *Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*, Rio de Janeiro, Editora 34, 2010. Trad. Sebastião Nascimento.

CARVALHO D. W., *Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013, II ed.

CARVALHO D. W., *As mudanças climáticas e a formação do Direito dos Desastres*, in *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, 2013, vol. 18.

CARVALHO D. W., *O Papel do Direito e os Instrumentos de Governança Ambiental para Prevenção dos Desastres*, in *Revista de Direito Ambiental*, 2014, vol. 75.

CARVALHO D. W., *Desastres ambientais e sua regulação jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO D. W., *Brumadinho, 2019: análise das narrativas de uma catástrofe a partir do Direito dos Desastres*, in *Revista dos tribunais*, 2019, vol. 1002.

CARVALHO D. W., DAMACENA F. D. L., *A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do Direito Ambiental*, in *Revista de Informação Legislativa*, 2012, vol. 193.

CARVALHO D. W., DAMACENA F. D. L., *Direito dos desastres*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

DEL CHICCA M., *Solidarity among Member States in case of a Terrorist Attack*, in JIMÉNEZ PIERNAS C., PASQUALI L., PASCUAL-VIVES F. (eds.), *Solidarity and protection of individuals in EU law. Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017.

FARBER D. A., *Disaster Law and Inequality*, in *Law & Inequality*, 2007, vol. 25, n. 2.

FARBER D. A., *Environmental Disasters: An Introduction*, in *UC Berkeley Public Law Research Paper*, 2011.

FARBER D. A., *Catastrophic risk, climate change and disaster law*, in *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, 2012, vol. 16.

FARBER D. A., *Disaster Law and Emerging Issues in Brazil*, in *Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito (RECHTD)*, 2012, vol. 4, issue 1.

FARBER D. A., *Climate Change and Disaster Law*, in GRAY K., TARASOFSKY R., CARLANE C. (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford University Press, 2016.

FOCARELLI C., *Duty to Protect in Cases of Natural Disasters*, in *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2014.

GATTI M., *Disaster Management in EU Law: Solidarity among Individuals and among States*, in ESSELMAN M., DE WOLF A. H., TOEBES B. (eds.), *Socio-Economic Human Rights in Essential Public Services Provision*, London, Routledge, 2016.

GREY D., SADOFF C., *Sink or Swim? Water security for growth and development*, in *Water Policy*, 2007, vol. 9, n. 6.

OLSSON S. (ed.), *Crisis Management in the European Union. Cooperation in the Face of Emergencies*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2009.

RUSSO T., *Natural and man-made disaster: Solidarity among Member States*, in JIMÉNEZ PIERNAS C., PASQUALI L., PASCUAL-VIVES F. (eds.), *Solidarity and protection of individuals in EU law. Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017.

SÁNCHEZ L. H., *Avaliação de impacto ambiental: Conceitos e métodos*, São Paulo, Oficina de Textos, 2013, II ed.

TONUTTI A., *Famine Crisis and International Crimes*, in *ILD Working Paper*, 2014.

TUNDISI J. C. (ed.), *Recursos hídricos no Brasil: problemas, desafios e estratégias para o futuro*, Rio de Janeiro, Academia Brasileira de Ciências, 2014.

IV

Il Meccanismo europeo di stabilità e la solidarietà negata

*Alessio Scaffidi**

Sommario: 1. Introduzione – 2. Le origini, il funzionamento e gli strumenti del MES – 3. Il MES e la riforma *in fieri* – 4. La condizionalità: un (im)probabile punto di equilibrio tra solidarietà e stabilità economica – 5. Nuovi criteri, vecchie perplessità – 6. Conclusioni.

1. Introduzione

La crisi economico-sanitaria generata dal cruento diffondersi del COVID-19 ha acuito l'atavico bisogno di solidarietà all'interno dell'ordinamento europeo. Gli Stati dell'Unione infatti, ghermiti dai temprati venti "sovranisti",¹ hanno risposto alla pandemia globale attraverso soluzioni di stampo nazionalista,² specialmente nella fase

* PhD Student, Department of Law, University of Napoli "Parthenope".

¹ Con il termine *sovranismo* si è soliti indicare la "posizione politica che propugna la difesa o la riconquista della sovranità nazionale da parte di un popolo o di uno Stato, in antitesi alle dinamiche della globalizzazione e in contrapposizione alle politiche sovranazionali di concertazione", cfr. VOCABOLARIO TRECCANI, *Sovranismo*. Per una più specifica analisi del pensiero sovranista nel contesto europeo, cfr. A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, DeriveApprodi, 2018; S. PAPA, *Sussidiarietà, primazia comunitaria e sovranismo*, in *Federalismi*, 2019, n. 7.

² Cfr. F. BOEZI, *Torna l'era dei nazionalismi?*, pubblicato su *Insideover* il 26 marzo 2020. A ben vedere, però, le reazioni di matrice nazionalista sono una "prassi consolidata" dei periodi di crisi, cfr. G. BUTLER, *Solidarity and its limits for economic integration in the European Union's internal market*, in *Maastricht Journal of*

iniziale dell'emergenza. Un atteggiamento questo dal potenziale esito catastrofico per le sorti dell'Unione, fortemente biasimato dalla presidente della Commissione europea Ursula Von der Leyen.³

Nel corso della pandemia, tuttavia, "l'Europa ha cambiato passo. È stato fatto tutto il possibile per portare i Paesi europei a ragionare come una squadra e assicurare una risposta coordinata ad un problema comune. Ed abbiamo visto più solidarietà qui in Europa che in qualsiasi altra parte del mondo".⁴

Un cambio di passo manifestatosi non solamente nella messa a disposizione degli Stati più in difficoltà di ingenti forniture medico-sanitarie,⁵ ma anche nella predisposizione di diversi strumenti economici, integranti quello che è stato già definito in più occasioni il "Piano Marshall europeo".⁶

Paradossalmente, però, le istituzioni europee hanno scelto di costruire tale articolata strategia – seppur non in via esclusiva⁷ –

European and Comparative Law, 2018, n. 25, p. 310 ss.; A. BIONDI, E. DAGILYTĖ, E. KÜÇÜK (eds.), *Solidarity in EU Law, Legal Principle in the Making*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018.

³ U. VON DER LEYEN, *Scusateci, ora la Ue è con voi*, lettera aperta pubblicata sul quotidiano *La Repubblica* del 2 marzo 2020: "Nei primi giorni della crisi, di fronte al bisogno di una risposta comune europea, in troppi hanno pensato solo ai problemi di casa propria. È stato un comportamento dannoso che poteva essere evitato".

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. Comunicato stampa della Commissione europea del 19 marzo 2020, *COVID-19: la Commissione costituisce la prima scorta di attrezzature mediche rescEU*.

⁶ Espressione coniata dalla presidente della Commissione europea in occasione del discorso tenuto il 16 aprile 2020 al Parlamento europeo. In particolare, nel corso della seduta plenaria la Von Der Leyen ha affermato: "Il prossimo bilancio UE 2021-2027 dovrebbe essere il nostro piano Marshall perché l'UE possa avere un ruolo cruciale per la ripresa economica"; cfr. U. VON DER LEYEN, Discorso al Parlamento europeo, riunito in sessione plenaria, sull'azione coordinata dell'UE per combattere la pandemia di coronavirus e le sue conseguenze, SPEECH/20/675.

⁷ Difatti, l'Unione europea ha messo in campo numerose misure anticrisi oltre all'"uso improprio" del MES; tra queste meritano sicuramente di essere menzionati i *Recovery Bonds*, il *Support to mitigate* e l'*Unemployment Risks in an Emergency* (SURE). Anche la BCE ha fornito un valido contributo dando vita ad un nuovo programma di acquisto di titoli denominato *Pandemic Emergency Purchase Program* (PEPP). Per una più attenta analisi di tali strumenti, cfr. C. D'AMBROSIO, *Dal*

proprio intorno a quel Meccanismo europeo di stabilità le cui aspirazioni solidaristiche sono apparse, fin dalle sue origini, quantomeno discutibili. In particolare, potenzialmente in contrasto con il principio di solidarietà sono stati valutati diversi elementi strutturali del c.d. *Fondo salva-Stati*, prima fra tutti la stringente condizionalità alla quale l'uso del Meccanismo europeo di stabilità è vincolato. Un conflitto questo che attualmente rischia di trasformarsi in un'insanabile antinomia alla luce del processo di revisione del Trattato istitutivo del MES, avviato dall'Eurogruppo nel giugno del 2019.

Orbene, prendendo le mosse dal complesso contesto economico e giuridico appena descritto, le pagine che seguono si prefiggono l'obiettivo di evidenziare come tanto l'originaria struttura del MES quanto la riforma *in fieri* siano in realtà foriere di un vero e proprio diniego di solidarietà. A tale conclusione, tuttavia, si giungerà solo all'esito di un articolato *iter* argomentativo che troverà nel conflitto tra solidarietà e condizionalità il proprio punto nodale. Naturalmente, come evidenziato fin dall'*incipit*, rilevanti spunti di riflessione saranno tratti anche dalla momentanea "mutazione genetica" subita dal Meccanismo europeo di stabilità in strumento di contrasto alla grave crisi economica generata dal COVID-19.

2. Le origini, il funzionamento e gli strumenti del MES

Il 2 febbraio 2012, nel tentativo di arginare la dilagante crisi economica e finanziaria di inizio secolo, i diciassette Stati della c.d. Eurozona hanno dato vita al Meccanismo europeo di stabilità

Meccanismo Europeo di Stabilità ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza Covid-19, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, numero speciale della rivista *EUROJUS*, 2020, pp. 115-127.

(MES).⁸ Istituito mediante un trattato intergovernativo⁹ – dunque formalmente al di fuori del quadro giuridico dell’Unione europea – il MES affonda in realtà le proprie radici direttamente nel riformato art. 136 TFUE¹⁰ e, più in generale, in quel principio di solidarietà che intimamente segna l’intero ordito europeo.¹¹

Al pari infatti dei due meccanismi finanziari transitori,¹² da esso prima affiancati e poi sostituiti, il Fondo salva-Stati mira a preservare la stabilità finanziaria dell’UE¹³ muovendo dal

⁸ La Lettonia e la Lituania hanno aderito al MES rispettivamente il 1° gennaio 2014 ed il 1° gennaio 2015. L’adesione al MES è comunque aperta anche agli altri Stati membri dell’UE (sul punto, cfr. art. 2 Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità).

⁹ Sui motivi di una simile scelta appaiono illuminanti le parole di G. LO SCHIAVO, *The ESM Treaty: a new form of intergovernmental differentiated integration to the benefit of the EMU?*, in *Evolving Europe: Voices of the Future*, 2013: “One of the reasons the ESMT was concluded as an international agreement is that the EU budget does not have sufficient funds to provide the required financial assistance to create a strong system of assistance, and thus the Heads of Government and State decided to conclude an international agreement acting in their power as international Treaty law makers. In addition, Member States employed an international instrument because they were not capable of adopting an ESM-type instrument, under the Treaty rules and the budgetary constraints”.

¹⁰ Cfr. Decisione del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 (2011/199/UE), in GUUE L.91/1, la quale ha aggiunto un terzo comma all’originario testo dell’art. 136 TFUE, e inoltre, cfr. M. L. TUFANO, *Art. 136 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 1384 ss.

¹¹ Come è ben noto, infatti, a partire dalla Dichiarazione Schuman del 9 maggio 1950, la solidarietà ha trovato collocazione in tutti i Trattati europei; basti pensare che nei soli TUE e TFUE essa è richiamata più di dieci volte. Cfr. M. L. TUFANO, S. PUGLIESE, *L’intervento dell’UE alle emergenze: trade-off tra stabilità finanziaria e solidarietà*, in G. CAGGIANO (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, Cacucci, 2018, p. 221 ss.; G. MORGESE, *La solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, Cacucci, 2018, p. 5 ss.

¹² Si fa qui riferimento al Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) ed al Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF), istituiti nel maggio del 2010 ed operativi fino al 30 giugno 2013.

¹³ Sul punto appare opportuno ricordare come la creazione del MES sia strettamente complementare alla riforma della *governance* economica europea, iniziata nel 2010 con il c.d. *Six Pack* e proseguita con la predisposizione del c.d. *Fiscal Compact* (Trattato sulla Stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell’Unione economica e

presupposto che le difficoltà economiche di uno Stato membro possono generare un “effetto domino” sulla stabilità macro-finanziaria dell’intera Unione. Ed invero “il solo fatto che esista questa istituzione è un fattore che tranquillizza i mercati e rende meno probabile il ripetersi di situazioni di crisi”.¹⁴ Questo effetto calmiera è legato principalmente all’ingente “potenza di fuoco” del MES, di poco superiore ai 700 miliardi di euro e pari ad un multiplo del capitale effettivamente versato dagli Stati.¹⁵ Il Meccanismo di stabilità, infatti, ha la possibilità di emettere obbligazioni sui mercati internazionali a tassi molto convenienti e con scadenze fino a 45 anni; una posizione di forza che viene a consolidarsi grazie allo status di creditore privilegiato di cui gode l’Istituzione,¹⁶ secondo solo al Fondo Monetario Internazionale.

La ripartizione delle quote di ciascuno Stato membro al capitale sottoscritto totale è basata sulla partecipazione al capitale versato della BCE, modificata secondo una chiave di conversione. Con cadenza quinquennale il capitale autorizzato è riesaminato per vagliare l’eventuale necessità di adeguamenti.¹⁷

Sulla falsariga delle Organizzazioni di Bretton Woods,¹⁸ il Meccanismo europeo di stabilità si fonda su di un sistema tripartito

monetaria, firmato a margine del Consiglio europeo dell’1-2 marzo 2012. Anche il *Fiscal Compact*, dunque, si colloca formalmente al di fuori del quadro istituzionale dell’UE). Cfr. D. MORGANTE, *Note in tema di Fiscal Compact*, in *Federalismi*, 2012, n. 7, p. 1 ss.; R. BARATTA, *I vincoli imposti dal Fiscal Compact ai bilanci nazionali*, in *Federalismi*, 2014, n. 17, p. 2 ss.

¹⁴ G. GALLI, *Il Meccanismo europeo di stabilità: funzionamento e prospettive*, audizione presso le Commissioni riunite V e XIV della Camera dei Deputati, 6 novembre 2019.

¹⁵ Per una più precisa quantificazione del contributo al MES in percentuale e delle quote di capitale per ciascuno Stato membro si veda la tabella “*Shares and capital per ESM Member*” reperibile sul sito <https://www.esm.europa.eu/>.

¹⁶ Cfr. §13 del Preambolo al Trattato istitutivo del MES.

¹⁷ Cfr. art. 10 Trattato istitutivo MES.

¹⁸ Termine con il quale si è soliti indicare il Fondo monetario internazionale e la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo, organizzazioni internazionali istituite nel 1945 a seguito dell’entrata in vigore degli accordi della conferenza di Bretton Woods (tenutasi tra il 1° ed il 22 luglio del 1944). Per una attenta analisi della

di *governance*. L'organo al quale spettano le decisioni principali del MES è il Consiglio dei governatori (*Board of Governors*), composto dai Ministri delle finanze degli Stati membri e diretto dal Presidente dell'Eurogruppo. Il Trattato istituisce poi il Consiglio di amministrazione (*Board of Directors*) al quale, direttamente o su delega del Consiglio dei governatori, vengono attribuiti poteri decisionali;¹⁹ quest'organo è composto da 19 funzionari, nominati direttamente dai governatori tra persone di elevata competenza in ambito economico-finanziario. Alle riunioni del Consiglio di amministrazione possono prendere parte, in qualità di osservatori, la Commissione europea e la BCE. Il vertice amministrativo del MES, infine, è affidato al Direttore generale il quale ricopre tale carica per cinque anni ed è nominato dal *Board of Governors*. Il Direttore partecipa alle riunioni del Consiglio dei governatori, presiede quelle del Consiglio di amministrazione ed è il rappresentante legale del MES.

L'accesso all'assistenza finanziaria del MES avviene esclusivamente su istanza dello Stato interessato il quale, nel formulare la richiesta, indica lo strumento (o eventualmente gli strumenti) di cui intende beneficiare. Una volta pervenuta l'istanza, il presidente del Consiglio dei Governatori incarica il Direttore generale e la Commissione europea, di concerto con la BCE, di vagliare: 1) l'esistenza di un rischio per la stabilità finanziaria della

governance di tali organizzazioni si veda S. CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods. Analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁹ Come stabilito dall'art. 4 del Trattato istitutivo, le delibere degli organi collegiali del MES sono adottate, a seconda delle materie, di comune accordo, a maggioranza qualificata (ovvero con l'80% dei voti espressi), o a maggioranza semplice. A prescindere però dalla specifica maggioranza richiesta, per la validità di qualsiasi votazione è necessaria la presenza del quorum dei due terzi dei votanti, rappresentanti almeno i due terzi delle quote azionarie sottoscritte. In aggiunta, nei casi di più alto rischio per la stabilità finanziaria della zona euro, la Commissione europea e la BCE possono attivare una procedura di votazione d'urgenza; in tali casi le decisioni sono adottate con una maggioranza qualificata dell'85% dei voti espressi. Ciascuno Stato membro ha un numero di voti pari alla quota di contribuzione al capitale versato.

zona euro; 2) la sostenibilità del debito pubblico del Paese che ha formulato la richiesta; 3) le esigenze economiche del richiedente. E ciò perché l'azione del Meccanismo europeo ha “natura precipuamente correttiva”,²⁰ finalizzata a gestire quelle situazioni di crisi finanziaria che potrebbero perpetrarsi e diffondersi nonostante le eventuali azioni preventive e di contenimento intraprese dallo Stato in difficoltà.

Se all'esito delle suddette valutazioni la richiesta è accolta, il Consiglio dei Governatori affida alla Commissione europea – sempre di concerto con la BCE e, ove possibile, anche con il supporto del FMI – il compito di negoziare con lo Stato interessato un “protocollo d'intesa” (*Memorandum of Understanding*, MoU) che precisi le condizioni alle quali è sottoposta l'assistenza finanziaria concessa. Invero, come si dirà meglio di qui a breve, tutte le azioni di sostegno del MES sono vincolate all'attuazione di condizioni rigorose – commisurate allo specifico strumento utilizzato – che lo Stato debitore è chiamato a rispettare.

Difatti, il catalogo degli strumenti di assistenza finanziaria a disposizione del MES è molto variegato. In particolare il Fondo può: 1) fornire assistenza finanziaria precauzionale ad uno Stato membro sotto forma di linea di credito condizionale precauzionale (*Precautionary Conditioned Credit Line*, PCCL) o sotto forma di linea di credito soggetto a condizioni rafforzate (*Enhanced Conditions Credit Line*, ECCL) (articolo 14 del Trattato); 2) concedere assistenza finanziaria ricorrendo a prestiti, con l'obiettivo specifico di sottoscrivere titoli rappresentativi del capitale di istituzioni finanziarie del Paese richiedente (articolo 15); 3) concedere assistenza finanziaria ad uno Stato membro ricorrendo a prestiti non connessi ad uno specifico obiettivo (articolo 16); 4) acquistare titoli di debito degli Stati membri in sede di emissione (articolo 17) e sul mercato secondario (articolo 18).

²⁰ N. RUCCIA, *Il Meccanismo europeo di stabilità ai tempi del coronavirus: la medicina cura la malattia*, in *Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana*, 2020.

3. Il MES e la riforma *in fieri*

Conformemente al quadro istituzionale qui brevemente delineato, il MES ha nel tempo fornito assistenza finanziaria a ben cinque Stati membri.²¹ A discapito, però, del significativo sostegno offerto, da diversi anni oramai si protrae a livello europeo un acceso dibattito circa l'opportunità (necessità) di operare un profondo ripensamento del Meccanismo.

Un primo progetto di riforma è stato formalizzato nel dicembre 2017 nell'ambito delle iniziative finalizzate al completamento dell'Unione economica e monetaria.²² Più precisamente, in tale occasione la Commissione europea aveva presentato una proposta di regolamento²³ finalizzata a trasformare il Meccanismo europeo di stabilità in un Fondo monetario europeo (FME). Il Fondo in parola avrebbe sostanzialmente mantenuto la struttura finanziaria ed istituzionale del MES,²⁴ ma sarebbe stato incorporato nel quadro

²¹ Nello specifico, il MES ha finora offerto assistenza ai seguenti Stati: 1) Cipro: programma di aggiustamento macroeconomico (2013-2016) per un totale di 6,3 miliardi di euro; 2) Grecia: tre programmi di aggiustamento macroeconomico (2010-2013, 2012-2014 e 2015-2018) per un totale di 202,7 miliardi di euro; 3) Irlanda: programma di aggiustamento macroeconomico (2010-2013) per un totale di 17,7 miliardi di euro; 4) Spagna: programma per la ricapitalizzazione del proprio settore bancario (2012-2014) per un totale di 41,3 miliardi di euro; 5) Portogallo: programma di aggiustamento macroeconomico (2011-2014) per un totale di 26 miliardi di euro; interventi questi che nel complesso hanno sfiorato i 300 miliardi di euro. Attualmente non ci sono programmi di assistenza finanziari attivi; l'ultimo, quello per la Grecia, si è concluso nell'agosto 2018.

²² Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio Europeo, al Consiglio e alla Banca Centrale Europea, *Ulteriori tappe verso il completamento dell'Unione economica e monetaria dell'Europa: tabella di marcia*, del 6 dicembre 2017, COM (2017) 821.

²³ *Proposta di Regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo*, del 6 dicembre 2017, COM (2017) 827.

²⁴ Difatti, il FME avrebbe continuato: a fornire agli Stati membri sostegno per la stabilità finanziaria; a raccogliere fondi attraverso l'emissione di strumenti finanziari; ad effettuare operazioni sul mercato monetario. Non sarebbero cambiate né le modalità di adesione, né la *governance* tripartita. Inalterati sarebbero rimasti anche il capitale autorizzato iniziale, il modello di contribuzione e la capacità di prestito iniziale. Le

giuridico dell'Unione.²⁵ Un progetto sicuramente ambizioso, ma non sufficientemente condiviso dai diversi Stati europei.

Il processo di riforma dunque – come spesso accaduto nella storia dell'Unione²⁶ – pur non arrestandosi, è stato oggetto di un parziale ridimensionamento. Ed infatti, facendo formalmente seguito al mandato ricevuto dal Vertice euro del 14 dicembre 2018,²⁷ l'Eurogruppo del 13 giugno 2019 ha raggiunto un accordo su una proposta di parziale revisione del Trattato istitutivo del MES.²⁸ Su queste basi, il successivo Vertice euro del 21 giugno 2019²⁹ ha chiesto all'Eurogruppo di proseguire speditamente i propri lavori in modo da raggiungere al più presto un accordo definitivo e consentire così l'avvio del processo di ratifica da parte dei diversi Stati membri.³⁰

operazioni di assistenza finanziaria sarebbero, altresì, sempre state soggette al rispetto di rigorose condizionalità ed all'analisi della sostenibilità del debito. Sul tema si veda anche A. SAPIR, D. SCHOENMAKER, *The time is right for a European Monetary Fund*, in *Policy Briefs*, 2017, n. 4, p. 1 ss.

²⁵ Di particolare interesse sono le motivazioni di tale scelta cfr. *Proposta di Regolamento sull'istituzione del Fondo monetario europeo*, cit., p. 3: "L'esperienza ha dimostrato che [...] la coesistenza tra le istituzioni dell'Unione e un meccanismo intergovernativo permanente come il MES genera una situazione complessa in cui la tutela giudiziaria, il rispetto dei diritti fondamentali e la responsabilità democratica sono frammentati e applicati in modo incoerente. Inoltre, il processo decisionale nell'ambito del metodo intergovernativo comporta solitamente un complesso iter procedurale nazionale e spesso non garantisce la rapidità necessaria per un'efficace gestione delle crisi".

²⁶ L'esempio forse più lampante in tal senso concerne il Trattato di Lisbona, adottato a seguito del fallimento del progetto di Costituzione europea nel 2005.

²⁷ Cfr. *Riunione del Consiglio europeo* (13 e 14 dicembre 2018) – *Conclusioni*, 14 dicembre 2018, EUCO 17/18.

²⁸ Cfr. *Draft revised text of the treaty establishing the European Stability Mechanism as agreed by the Eurogroup on 14 June 2019*.

²⁹ Cfr. *Riunione del Vertice euro* (21 giugno 2019) – *Dichiarazione*, 21 giugno 2019, EURO 502/19.

³⁰ La prima scadenza per il raggiungimento dell'accordo definitivo era stata fissata per dicembre 2019, posticipata successivamente al primo trimestre del 2020 soprattutto in ragione della forte opposizione italiana, rimandato attualmente a data da destinarsi a seguito dello scoppio della pandemia.

L'attuale proposta, dunque, lascia inalterata la natura intergovernativa del MES, ma recupera quel "package approach"³¹ già presente nel progetto iniziale di riforma. La revisione del Meccanismo europeo, difatti, viene nuovamente calata in un più ampio pacchetto di interventi, comprendente anche il completamento dell'Unione bancaria e la definizione di uno strumento europeo di bilancio per la promozione della convergenza e della competitività degli Stati dell'eurozona.

In particolare, limitando qui l'indagine a quanto strettamente attinente al tema in esame, le modifiche concordate al trattato del MES sono le seguenti:³² 1) attribuzione al MES ed alla Commissione europea, in collaborazione con la BCE, del compito di monitorare e valutare il quadro macroeconomico e la situazione finanziaria dei suoi membri, compresa la sostenibilità del debito pubblico;³³ 2)

³¹ Tale approccio era già stato espresso nella dichiarazione franco-tedesca di Mesemberg (cfr. *Meseberg declaration – Renewing Europe's promises of security and prosperity*, 19 giugno 2018) e, del pari, fortemente voluto dall'Italia tanto che il Parlamento ha formalmente impegnato il Governo "a mantenere la logica di pacchetto (MES, BICC, Unione bancaria) alla quale accompagnare ogni tappa mirata ad assicurare l'equilibrio complessivo dei diversi elementi al centro del processo di riforma dell'Unione economica e monetaria, approfondendo i punti critici; [...] a proporre nelle prossime tappe del negoziato sull'Unione bancaria l'introduzione (a) dello schema di assicurazione comune dei depositi (EDIS), (b) di un titolo obbligazionario europeo sicuro (cosiddetto *common safe asset* - ad esempio *eurobond*) e (c) di una maggiore ponderazione di rischio delle attività di livello 2 e livello 3 (strumenti maggiormente illiquidi), che sia legata al loro grado di concentrazione sul totale degli attivi del singolo istituto di credito; a escludere qualsiasi meccanismo che implichi una ristrutturazione automatica del debito pubblico" cfr. SENATO DELLA REPUBBLICA, *Risoluzione n. 2, Legislatura 18^a - Aula* - Resoconto stenografico della seduta n. 172 del 11/12/2019.

³² Si ricorda però che al momento l'accordo è solo "politicamente blindato", con alcuni dettagli tecnici che devono ancora essere chiariti.

³³ L'attività di monitoraggio sarà svolta in via preventiva, indipendentemente da richieste di sostegno, e ad uso esclusivamente interno, per permettere così al MES di rispondere tempestivamente alle eventuali richieste, o comunque successivamente alla formale presentazione di una richiesta di supporto finanziario. In quest'ultimo caso, la valutazione sarà eseguita in modo trasparente e prevedibile, pur consentendo un margine sufficiente di giudizio.

riforma delle clausole di azione collettiva³⁴ con l'introduzione, a partire dal 1° gennaio 2022, anche delle cc.dd. *single limb* CACs, ovvero delle clausole con approvazione a maggioranza unica;³⁵ 3) circa l'assistenza finanziaria precauzionale, mantenimento delle due linee vigenti di credito (precauzionale e a condizioni rafforzate) che, tuttavia, potranno essere attivate esclusivamente: “a sostegno dei Paesi con una situazione economica e finanziaria solida – ma alle prese con uno *shock* avverso al di fuori del loro controllo – e con un debito pubblico considerato sostenibile e a seconda del rispetto o meno di determinati criteri specificati nell'Allegato III del Trattato revisionato”.³⁶

4. La condizionalità: un (im)probabile punto di equilibrio tra solidarietà e stabilità economica

L'attuale proposta di revisione del Meccanismo europeo di stabilità, pur se ridimensionata rispetto al progetto iniziale, ha avuto il grande merito di portare nuovamente all'attenzione dell'opinione

³⁴ Le clausole di azione collettiva consentono ad una maggioranza qualificata di investitori in obbligazioni di modificare i termini e le condizioni di pagamento di un titolo, in maniera giuridicamente vincolante per tutti i detentori del titolo stesso, in modo da facilitare una ristrutturazione ordinata del debito. Esse sono state introdotte nell'Eurozona – nella versione *dual limb* – con il Trattato istitutivo del MES il quale ha imposto agli Stati membri di inserirle, a decorrere dal 1° gennaio 2013, in tutti i titoli di Stato di nuova emissione e con scadenza superiore ad un anno. Per quanto concerne specificamente l'ordinamento italiano, invece, le CACs sono state attuate con il decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 96717 del 7 dicembre 2012. Per una più attenta disamina di tali clausole, cfr. L. CARLANDO, *Alcune considerazioni in merito all'introduzione delle clausole di azione collettiva (CACs) nei titoli di Stato ad opera del Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 96717 del 7 dicembre 2012*, in *Rivista di diritto bancario*, 2013, pp. 1-13.

³⁵ I dettagli tecnici di tali clausole non sono ancora stati resi noti dato che “manca una intesa su dove inserirle, se nel trattato, in un allegato o in un documento terzo”. Cfr. B. ROMANO, *Ristrutturazioni discrezionali ma stop sulla garanzia dei depositi*, su *Il Sole 24 ore* del 6 dicembre 2019.

³⁶ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La revisione del Meccanismo europeo di stabilità (MES)*, Dossier n. 26, 22 ottobre 2019.

pubblica europea (e soprattutto italiana³⁷) le ataviche criticità concernenti la *governance* economica dell'eurozona. In particolar modo, la prospettata riforma ha restituito linfa al dibattito vertente sulla scelta della condizionalità quale punto di equilibrio tra solidarietà e stabilità economica. Per poter comprendere, però, come le attuali proposte di revisione incidano su tale annosa controversia appare opportuno effettuare preliminarmente alcune precisazioni.

In primo luogo, va ricordato come il Meccanismo europeo di stabilità sia stato descritto in più occasioni dalla letteratura scientifica, giuridica ed economica (soprattutto internazionale), quale “the main mechanism designed to promote cooperation and Solidarity between the Member States”³⁸ argomentando che:

“a differenza di quanto succede con una normale assicurazione, i contributi al capitale del MES non sono commisurati alla rischiosità di ogni assicurato, ma dipendono esclusivamente dalle dimensioni del Paese in termini di Pil e popolazione. Per questo motivo, ad esempio, la Germania contribuisce con la quota più elevata (pari al 26,9%), anche se la sua

³⁷ In Italia il dibattito ha subito una forte strumentalizzazione politica. Cfr. E. CANNIZZARO, C. CEDRONE, M. FRANZINI, U. TRIULZI, *Rilanciare in modo unitario i temi europei*, su *Il Sole* 24 ore del 6 dicembre 2019: “La riforma del Meccanismo europeo di stabilità, dopo qualche anno, ha visto nuovamente la luce. È uscita dagli edifici ovattati e riservati delle istituzioni e se ne discute ampiamente. Solo che quella italiana appare una discussione strumentale e fuorviante, sia per i contenuti che per le modalità di approvazione di cui si parla poco. Un dibattito al di fuori della realtà, che rischia di fare del male all'Italia e agli italiani, in quanto il MES non è una novità”.

³⁸ K. KALAITZAKI, *The principle of European solidarity: Another victim of the EU financial crisis?*, UC Lan Cyprus, 2016; U. NEERGAARD, *Solidarity and the EMU in times of economic crisis*, in H. KRUNKE, H. PETERSEN, I. MANNERS (eds.), *Transnational Solidarity: Concept, Challenges and Opportunities*, Cambridge University Press, 2018. Sul punto, si veda anche il discorso “The realignment of the European Stability Mechanism as the centerpiece of euro area reform” tenuto dall'*ESM Chief Economist* Rolf Strauch il 20 luglio 2019: “The work of the ESM is seen as an expression of European solidarity among the euro countries. How do I come to that conclusion? Without the creation of the two EFSF and ESM bailouts, former programme countries such as Greece, Ireland, Portugal, and Cyprus would probably have had to leave the monetary union”. Senza poi dimenticare come sia lo stesso Trattato istitutivo del MES a far espresso riferimento alla solidarietà cfr. §5 Preambolo Trattato istitutivo MES.

rischiosità, misurata dagli spread o dai CDS,³⁹ è la più bassa dell'eurozona".⁴⁰

A ciò deve poi aggiungersi che la creazione del Fondo salva-Stati è stata da molti salutata come la prima vera tappa verso un definitivo passaggio da una solidarietà di matrice "negativa" – incentrata esclusivamente sul controllo della stabilità della zona euro – ad una di natura "positiva", fondata su azioni concrete in favore degli Stati in difficoltà.⁴¹ Uno strumento dunque diretto precipitato – anche se in funzione di *lending of last resort*⁴² – di quell' "economia sociale di mercato" consacrata dall'art. 3 TUE e fondata proprio sui principi di competitività, coesione e solidarietà.⁴³

Come anticipato però, conformemente al *modus operandi* di qualsiasi istituzione erogatrice di prestiti,⁴⁴ tutti gli strumenti

³⁹ Ovvero i *Credit Default Swap*, derivati creditizi che proteggono dal rischio di fallimento.

⁴⁰ G. GALLI, *Il Meccanismo europeo di stabilità: funzionamento e prospettive di riforma*, cit., p. 2.

⁴¹ Cfr. V. BORGER, *How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 35: "A distinction can be made between "negative" and "positive" solidarity. In the case of negative solidarity, behaviour in the interest of the whole is essentially confined to the "self". The behaviour displayed by member states relates to themselves and is focused on their own condition, thereby simultaneously contributing to the interest of the whole. Positive solidarity, on the contrary, is behaviour that relates to the "other". Member states act in the interest of the whole by implementing behaviour that benefits other states. Again, both forms of solidarity, negative and positive, can be present at the same time".

⁴² Cfr. G. GALLI, *Il Meccanismo europeo di stabilità: funzionamento e prospettive di riforma*, cit., p. 1.

⁴³ Cfr. M. VOGT, *Towards a European social market economy*, München, 2011: "The focus on solidarity in the social market economy fosters the ability and willingness to take on social responsibility and at the same time to contribute to society".

⁴⁴ Primo fra tutti il Fondo monetario internazionale. Orbene, la condizionalità dei programmi di prestito del FMI è motivata solitamente con la volontà che il Paese rimedi in maniera duratura ai problemi strutturali che sottostanno allo squilibrio. I contenuti della condizionalità si concretizzano in obiettivi ben precisi (*performance criteria*) ed il loro raggiungimento è agevolato dal fatto che i prestiti del Fondo non sono erogati in una soluzione unica, ma in *tranches* di norma trimestrali. Per una più attenta analisi della condizionalità nel FMI si veda A. DREHER, *IMF conditionality: theory and evidence*, in *Public Choice*, 2009, n. 141, p. 233 ss.

finanziari offerti dal MES operano sulla base della condizionalità. “Queste condizioni non sono standardizzate, ma possono spaziare da un programma di correzione macroeconomica al rispetto di condizioni di ammissibilità predefinite, secondo le necessità del Paese. Il compito di monitorare il rispetto delle condizioni prestabilite è affidato alla Commissione Europea, alla BCE e al FMI”.⁴⁵

Per tale ragione si è soliti parlare al riguardo di “gradualità delle condizioni”⁴⁶ sebbene nell’art. 136 TFUE, così come nello stesso preambolo del Trattato istitutivo del MES, si faccia riferimento all’esigenza di una “rigorosa condizionalità”.⁴⁷

Una scelta linguistica ovviamente non casuale, che nella prassi del Fondo salva-Stati si è generalmente sostanziata in pretese molto gravose per i Paesi richiedenti assistenza. Agli Stati in difficoltà, invero, è stato di solito imposto⁴⁸ alternativamente di operare un consolidamento fiscale (con tagli alla spesa pubblica per ridurne i costi e migliorarne l’efficienza, aumentando parallelamente le entrate attraverso privatizzazioni o riforme fiscali), di dare avvio a riforme strutturali (comportanti in primis una ristrutturazione del

⁴⁵ A. CASCAVILLA, G. GALLI, *Il MES: cos’è e come potrebbe essere utilizzato nell’attuale emergenza*, in *Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani*, 26 marzo 2020. Sul punto si veda anche SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità*, Dossier n. 187, novembre 2019, in cui si afferma: “La fornitura di assistenza finanziaria ha, come conseguenza, la definizione di condizioni che lo Stato debitore è chiamato a rispettare, più o meno rigorose in ragione dello strumento di assistenza finanziaria scelto. Tali condizioni possono fare riferimento ad azioni e programmi da attuare per ottenere un miglioramento del bilancio dello Stato, o a parametri per i quali viene fissato un obiettivo quantitativo da rispettare, lasciando allo Stato la definizione degli strumenti da utilizzare a tal fine”.

⁴⁶ R. GAROFOLI, *Mes o non Mes? Un profilo giuridico*, in *Atlante Magazine*, 22 maggio 2020.

⁴⁷ Cfr. art. 136 TFUE e §2 del Preambolo al Trattato istitutivo del MES.

⁴⁸ Cfr. B. BRANCATI, *I confini sfumati del diritto e le loro ripercussioni sull’attività delle corti. Il caso delle misure anticrisi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 1: “Lo Stato membro interessato dovrebbe essere libero di accettare o meno le condizionalità del Memorandum e l’assistenza finanziaria. Inutile dire, però, che le decisioni dello Stato interessato saranno, di fatto, fortemente condizionate dai rapporti di forza creatisi nell’ambito della negoziazione”.

debito) o a riforme del settore finanziario (con misure destinate a rafforzare la vigilanza bancaria o, se necessario, a ricapitalizzare le banche) o finanche di attivare tutte le precedenti misure.⁴⁹

Risulta pertanto quanto meno riduttivo – se non del tutto illusorio – ritenere che la condizionalità del MES sia solo necessaria “to make it highly unattractive to seek liquidity support without real need”.⁵⁰ Al contrario, come è stato attentamente osservato, la stringente condizionalità è l’espedito cui si è fatto ricorso per assicurare la compatibilità degli strumenti di assistenza con la *no bail-out clause* prevista dall’art. 125 TFUE, ovvero con il divieto per l’UE e per i suoi Stati membri di farsi carico degli impegni finanziari assunti dagli enti pubblici degli altri Stati dell’Unione.⁵¹

Una tesi questa che ha trovato espressa conferma nel filone giurisprudenziale della Corte di giustizia apertosi con la celebre sentenza *Pringle c. Government of Ireland e altri*.⁵² In tale arresto, infatti, la Corte ha affermato che:

“la rigorosa condizionalità cui è subordinato qualsiasi sostegno alla stabilità fornito dal MES mira a garantire il rispetto, da parte del MES e degli Stati membri beneficiari, delle misure adottate dall’Unione in particolare nel settore del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, le quali, dal canto loro, mirano segnatamente a garantire il

⁴⁹ Sul punto cfr. M. LOSI, *MES, cos’è e come funziona il Fondo salva Stati*, su *Il Sole 24 ore* del 29 novembre 2019.

⁵⁰ K. KALAITZAKI, *The principle of European Solidarity: Another victim of the EU financial crisis?*, cit., p. 32.

⁵¹ Per un’attenta analisi della *no bail-out clause* si veda M. L. TUFANO, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2002, p. 313 ss.

⁵² Corte di giustizia, seduta plenaria, sentenza del 27 novembre 2012, *Thomas Pringle c. Government of Ireland e altri*, causa C-370/12 su cui v. per tutti P. MENGOZZI, *Il Trattato sul Meccanismo di Stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Pringle*, in *Studi sull’integrazione europea*, n.1/2013, pp. 129 – 152. Parimenti meritano di essere citate Corte di giustizia, Grande Sezione, sentenza del 16 giugno 2015, *Peter Gauweiler e altri c. Deutscher Bundestag*, causa C- 62/14; Tribunale dell’Unione, Prima Sezione, sentenza del 30 settembre 2015, *Alexios Anagnostakis c. Commissione europea*, Causa T-450/12.

perseguimento di una politica di bilancio virtuosa da parte degli Stati membri”.⁵³

Ecco allora che la condizionalità rivela finalmente la sua vera anima ordoliberalale,⁵⁴ con la conseguenza che per il consolidamento di un’Unione “polizia dei mercati” e per la realizzazione della “costituzione economica multilivello”⁵⁵ diventa ineluttabile il sacrificio della solidarietà sull’altare dell’*Austerity*.⁵⁶

D’altronde è la *ratio* stessa del Meccanismo a confliggere irrimediabilmente con il principio di solidarietà; esso invero prende le mosse dal “feticcio” del *moral hazard* e dalla convinzione che “the EMU sovereign debt crisis is the consequence of the irresponsible behaviour of certain governments which, relying on an implicit bail-out guarantee cheated in the implementation of the SGP rules or

⁵³ Corte di giustizia, seduta plenaria, *Pringle*, cit., par. 143.

⁵⁴ Con il termine ordoliberalismo si è soliti indicare il pensiero economico-politico sviluppato, a partire dagli anni '20, dalla c.d. *Scuola di Friburgo*, ovvero da alcuni economisti e giuristi - tra i cui nomi spiccano quelli di Walter Eucken, Franz Böhm, Alexander Rüstow e Wilhelm Röpke - dell’ateneo dell’omonima città tedesca. Elaborato per rispondere alla crisi del sistema economico mondiale dopo la Grande guerra e dopo la crisi del 1929, l’ordoliberalismo (dal titolo della rivista accademica *Ordo* a cui facevano riferimento i suddetti studiosi), si è affermato principalmente con l’ambizione di garantire ordine e prosperità economica alla Germania del secondo dopoguerra attraverso una “terza via”, alternativa sia al liberalismo classico, sia al socialismo. In particolare l’idea di fondo è che il libero mercato rappresenti un “ordine istituzionale” (e non naturale) e come tale debba essere costituito e regolamentato da un’autorità indipendente. Il mercato, infatti, se lasciato a se stesso non si autoregolamenta, bensì conduce alla creazione di monopoli.

⁵⁵ Espressioni coniate dagli economisti di scuola ordoliberalale negli anni Trenta. Per una loro più precisa definizione si veda A. SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismo*, in *DPCE online*, 2015, n. 4, p. 105 ss.

⁵⁶ Cfr. M. L. TUFANO, S. PUGLIESE, *L’intervento dell’UE alle emergenze: trade-off tra stabilità finanziaria e solidarietà*, cit., p. 233: “Nondimeno, la condizionalità continua a porre dubbi significativi, oltre che sotto il profilo dell’efficacia, anche sotto il profilo della propria incidenza sulla creazione di un sistema di solidarietà. Si pensi, ad esempio, alle condizioni cui sono sottoposti gli Stati che richiedono l’assistenza del Meccanismo Europeo di Stabilità. Esse sembrano orientate ad evitare gli effetti *spillover* delle difficoltà di tali Stati sull’area euro piuttosto che ad offrire loro un aiuto concreto, sbilanciando il sistema a favore degli obiettivi di stabilità rispetto a quelli di solidarietà”.

which, during the years preceding the crisis, did not undertake the necessary unpopular reforms to improve the competitiveness of their economies”.⁵⁷

Non a caso in molti hanno ricondotto la condizionalità del MES alla logica del “punishing”,⁵⁸ riscontrando una diretta proporzionalità tra severità delle condizioni imposte e “responsabilità” dello Stato in difficoltà (sulla base di una valutazione *ex ante* dei comportamenti da esso tenuti).

Senza poi dimenticare – *per incidens* – come la matrice ordoliberalista abbia inciso fortemente anche sulla stessa impalcatura istituzionale del MES,⁵⁹ dando così vita a “disuguaglianze istituzionalizzate”⁶⁰ ed a vuoti di democrazia⁶¹ ontologicamente incompatibili con il principio di solidarietà.

⁵⁷ S. FERNANDES, E. RUBIO, *Solidarity within the Eurozone: how much, what for, for how long?*, in *Notre Europe Policy Paper*, 2012, n. 51.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ R. VITALI, *Il Mes è la nuova «polizia dei mercati» europea*, in *Jacobin Italia* del 27 novembre 2019: “Il sistema istituzionale europeo si avvia a consolidare ancora una volta il proprio impianto tecnocratico: automatizzando e spolitizzando ulteriormente i processi di decisione in materia economica, l’Unione europea rafforza gli strumenti a propria disposizione per imporre ulteriore austerità e disciplina di mercato, in particolare (ma non solo) nei paesi debitori. A questo, infatti, mira lo spostamento del baricentro della decisione e dell’iniziativa in materia economica dalla Commissione al *board* del MES; a differenza della Commissione, infatti, quest’ultimo è esentato da ogni *accountability* rispetto al Parlamento e ai cittadini europei. Il *Managing Director* del MES agisce infatti in totale indipendenza e risponde solo al *board* del MES. Ciò significa che le decisioni fondamentali sulle linee di indirizzo e valutazione economico-politica saranno prese sempre meno attraverso processi politici – passibili di critica e di controllo pubblico – e sempre più attraverso procedure intergovernative, «tecniche», «indipendenti»”.

⁶⁰ Come anticipato, il MES è stato forgiato sul modello delle Organizzazioni di Bretton Woods mutuandone – secondo alcuni – anche le criticità strutturali, prime fra tutte quelle concernenti il regime di voto e la conseguente disparità tra Stati.

⁶¹ Cfr. K. KALAITZAKI, *The principle of European solidarity: Another victim of the EU financial crisis?*, cit., p. 31: “The lack of a democratic institution from the decision-making process could indeed hamper the legitimacy of the mechanism as well as the effect of solidarity and this is arguably the most significant weakness of the conclusion of the ESM Treaty”.

Orbene, al fine di sgombrare il campo da qualsiasi equivoco è opportuno chiarire esplicitamente come in tale sede non si intenda sostenere la tesi della doverosa “gratuità” della solidarietà; ed infatti è certamente condivisibile l’idea che “Solidarity exists only with the associated conditionality”.⁶² Ciò che al contrario non appare condivisibile è che il MES operi soltanto “nella prospettiva del creditore”,⁶³ adottando quindi decisioni esclusivamente sulla base della capacità di rimborso del debitore, nonché degli eventuali ulteriori rischi connessi all’operazione di finanziamento.

In aggiunta i prestiti del MES sono caratterizzati da una remunerazione che, seppur inferiore a quella che il Paese in difficoltà avrebbe pagato se avesse operato autonomamente sul mercato, deve comunque garantire la completa copertura dei costi e includere un margine adeguato di guadagno. Non stupisce dunque che gli eventuali profitti realizzati dalla gestione finanziaria possono essere perfino distribuiti in forma di dividendi, in proporzione alla quota di partecipazione al capitale.⁶⁴

Un comportamento questo quantomeno discutibile, che certamente meglio si confà ad una società di capitali⁶⁵ piuttosto che all’organizzazione internazionale “expression of European Solidarity among the euro countries”.⁶⁶

⁶² R. STRAUCH, *The realignment of the European Stability Mechanism as the centerpiece of euro area reform*, cit., p. 1.

⁶³ SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità*, cit., p. 11.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Non stupisce, dunque, che nella narrazione delle vicende concernenti il MES si sia fatto spesso uso del lessico delle società per azioni. Cfr. P. REICHLIN, *Il Mes riduce i rischi di contagio ed è barriera anti-speculazione*, su *Il Sole 24 ore* del 6 dicembre 2019: “Sarebbe controproducente chiedere che il MES possa estendere il credito anche a Paesi con debiti insostenibili. Non è nell’interesse dei creditori e metterebbe a rischio le nostre «quote azionarie»”.

⁶⁶ R. STRAUCH, *The realignment of the European Stability Mechanism as the centerpiece of euro area reform*, cit., p. 1.

5. Nuovi criteri, vecchie perplessità

Le perplessità fin qui espresse trovano oggi allarmanti conferme nell'attuale proposta di revisione del Trattato istitutivo del MES e, nello specifico, nella nuova versione dei suoi articoli 12, 13 e 14. La riforma infatti, pur salvaguardando le due linee di credito vigenti (precauzionale ed a condizioni rafforzate), incide direttamente su alcuni elementi nevralgici dell'assistenza finanziaria precauzionale *tout court* intesa. Questa invero, come formalmente chiarito dal nuovo testo dell'art. 14, è finalizzata a sostenere i Paesi “con una situazione economica e finanziaria solida, ma alle prese con uno shock avverso al di fuori del loro controllo”⁶⁷ e “con un debito pubblico sostenibile”.⁶⁸

La scelta specifica, invece, tra *Precautionary Conditioned Credit Line* (PCCL) ed *Enhanced Conditions Credit Line* (ECCL) secondo la proposta di riforma dipende dal rispetto o meno, da parte dello Stato in difficoltà, dei requisiti indicati dal nuovo Allegato III al Trattato. Questi, più dettagliati e più stringenti⁶⁹ rispetto a quanto previsto nel regime vigente, sono i seguenti: a) non essere soggetto alla procedura per disavanzi eccessivi⁷⁰ e rispettare i seguenti parametri quantitativi di bilancio nei due anni precedenti la richiesta di assistenza finanziaria: un disavanzo inferiore al 3% del PIL; un saldo di bilancio strutturale pari o superiore al valore di riferimento minimo specifico per Paese; un rapporto debito/PIL inferiore al 60%

⁶⁷ Cfr. *Draft revised text of the treaty establishing the European Stability Mechanism*, cit., art. 14.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Cfr. BANCA D'ITALIA, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la sua riforma: domande frequenti e risposte*, sul sito ufficiale della Banca d'Italia.

⁷⁰ Il Patto di stabilità e crescita (PSC), il cui obiettivo è salvaguardare una finanza pubblica solida all'interno dell'Unione, ha due “braccia”: il braccio preventivo, il quale assicura che la politica fiscale dei Paesi dell'UE sia condotta in modo sostenibile, ed il braccio correttivo, che stabilisce quali azioni devono intraprendere i Paesi nel caso in cui il loro debito pubblico o disavanzo di bilancio venga considerato eccessivo. Il braccio correttivo è sostenuto dalla procedura per i disavanzi eccessivi (PDE), regolata dall'articolo 126 TFUE.

del PIL o una riduzione di questo rapporto di 1/20 all'anno; b) non evidenziare squilibri eccessivi nel quadro della sorveglianza macroeconomica dell'UE; c) presentare riscontri storici di accesso ai mercati dei capitali internazionali a condizioni ragionevoli; d) presentare una posizione sull'estero sostenibile; e) non evidenziare gravi vulnerabilità del settore finanziario che possano mettere a rischio la stabilità finanziaria.

Della PCCL possono dunque beneficiare esclusivamente, attraverso una nuova procedura semplificata, i Paesi in grado di soddisfare i predetti criteri. Ebbene, per tali Stati c.d. “ammissibili”⁷¹ la condizionalità si traduce unicamente nella necessità di firmare una lettera di intenti – e non più un protocollo d’intesa – con la quale essi si impegnano a continuare a rispettare i parametri dell’Allegato III.⁷² Alla Commissione europea è affidato, invece, il compito di valutare la credibilità e la compatibilità delle intenzioni contenute nella lettera con il diritto dell’Unione.

Al contrario, la ECCL è indirizzata ai membri del MES che, pur avendo una situazione economico-finanziaria forte ed un debito pubblico considerato sostenibile, non soddisfino i criteri d’ammissibilità per la PCCL. Per tali Paesi l’accesso alla *Enhanced Conditions Credit Line* – così come agli altri strumenti di sostegno forniti dal MES – sottostà alla firma del protocollo d’intesa.⁷³ Pertanto, “mentre la PCCL si basa sulla definizione, sostanzialmente unilaterale, da parte dello Stato degli interventi da porre in essere per

⁷¹ Cfr. SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *La riforma del Trattato istitutivo del Meccanismo europeo di stabilità*, cit., p. 14.

⁷² Il rispetto di tali parametri dovrebbe essere valutato almeno ogni sei mesi.

⁷³ Alla luce infatti dei nuovi articoli 13 e 14 del Trattato, nel caso in cui un Paese membro chieda l’attivazione di un sostegno diverso dalla PCCL, il Consiglio dei governatori deve incaricare il direttore generale del MES e la Commissione europea, di concerto con la BCE (e ove possibile anche con il FMI), di negoziare con lo Stato interessato un protocollo d’intesa che precisi le condizioni cui è associata la concessione dello strumento di sostegno, conformemente alla gravità delle carenze da colmare. Il direttore generale è incaricato di preparare una proposta di accordo su un dispositivo di assistenza finanziaria (comprese modalità e condizioni finanziarie nonché scelta degli strumenti) che deve essere adottata dal Consiglio dei governatori.

la risoluzione della crisi alla base della richiesta di supporto, la ECCL e gli altri strumenti di sostegno si fondano sulla negoziazione della condizionalità, da graduare in ragione dell'intensità dell'intervento⁷⁴ con una sostanziale partecipazione della Commissione, del MES e della BCE alla definizione degli interventi da realizzare ai fini della risoluzione della crisi.

Al di là però dei parametri più stringenti per l'accesso alla PCCL, nella pendente proposta di revisione l'effettivo aggravio della condizionalità avviene in realtà in via "indiretta" e generalizzata. Nel Trattato revisionato, infatti, al fine di dissipare ogni dubbio si ripete con insistenza che la "sostenibilità del debito pubblico" è necessaria per l'accesso a qualsiasi strumento assistenziale a disposizione del MES.⁷⁵ Ebbene, l'uso continuo di tale espressione⁷⁶ non sarebbe di per sé allarmante se non fosse accompagnato dalla riforma dell'art. 12 del Trattato, ovvero dall'introduzione nei titoli di Stato di nuova emissione e con scadenza superiore ad un anno – a partire dal 1° gennaio 2022 – delle "clausole di azione collettiva con approvazione a maggioranza unica". E ciò perché queste nuove *single limb* CACs consentono ad una maggioranza qualificata di investitori di far scattare la ristrutturazione del debito sovrano.⁷⁷ Il rischio è dunque

⁷⁴ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, *La revisione del Meccanismo europeo di stabilità (MES)*, cit., p. 10.

⁷⁵ Cfr. *Draft revised text of the treaty establishing the European Stability Mechanism*, cit., §11 ter del Preambolo ed art. 13.

⁷⁶ Basti pensare che nel *Draft* del Trattato riformato l'espressione "debito sostenibile" (e simili) compare ben nove volte.

⁷⁷ Cfr. F. Q., *Fondo salva Stati, cosa ha ottenuto Gualtieri nella trattativa sulla modifica delle clausole che possono facilitare la ristrutturazione*, in *Il Fatto Quotidiano* del 5 dicembre 2019: "La riforma del MES, nella versione concordata a giugno, prevede che dal 2022 le clausole di azione collettiva annesse ai titoli di Stato europei a partire dal 2013 siano sostituite da clausole *single limb*. Quelle attuali, note come "dual limb", prevedono che per arrivare alla ristrutturazione del debito occorra un voto a maggioranza qualificata da parte dei detentori di ogni singola serie di titoli emessi e un altro voto per tutte le serie insieme. Con le *single limb*, per cambiare le condizioni di rimborso sarebbe invece sufficiente un unico voto complessivo, dribblando quello per singola emissione. Questo ridurrebbe il rischio di *holdout*, cioè della formazione

che, ove lo Stato richiedente presenti un debito pubblico “insostenibile”, il MES possa domandarne – ed ottenerne più facilmente – la ristrutturazione preventiva in cambio dell’accesso agli strumenti di assistenza finanziaria. Anche perché è vero che le analisi sulla sostenibilità sono svolte congiuntamente dal MES e dalla Commissione, ma con la riforma in oggetto è al MES che spetta l’ultima parola sulla capacità dello Stato richiedente di ripagare il prestito.⁷⁸

Da una lettura combinata delle riformate norme appare allora evidente che il *Private sector involvement*⁷⁹ – del quale le CACs rappresentano la forma più spinta – possa assurgere a vera e propria condizione per l’accesso al Fondo salva-Stati. Naturalmente sul punto le critiche non hanno tardato ad arrivare – soprattutto da parte degli economisti italiani,⁸⁰ tradizionalmente ostili al coinvolgimento del risparmio privato nelle crisi del debito pubblico – tanto che la Banca d’Italia ed il Governo italiano hanno dovuto strenuamente affermare l’assenza di un automatismo tra richiesta di aiuto al MES e ristrutturazione del debito.⁸¹ Nonostante le rassicurazioni, tuttavia,

di minoranze di blocco che si mettono di traverso e non consentono la modifica delle condizioni”.

⁷⁸ Cfr. G. GALLI, *Il Meccanismo europeo di stabilità: funzionamento e prospettive*, cit., p. 6: “Anche qui, è evidente che il coltello è in mano al MES”.

⁷⁹ Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, *Single-limb collective action clauses. A short introduction*, 2019: “The term “private sector involvement” is generally understood to refer to measures to “bail in” private creditors in the context of the resolution of a sovereign debt crisis”.

⁸⁰ Si veda, ad esempio, *L'appello di 32 economisti: «No all'Esm se non cambia la logica europea»*, apparso sul numero 6/2019 della rivista *MicroMega* e confluito poi nella lettera-appello al Governo del 14 aprile 2020 (sottoscritta questa volta da 101 economisti), dal titolo “*Non firmate quell'accordo*”.

⁸¹ Cfr. BANCA D’ITALIA, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la sua riforma: domande frequenti e risposte*, cit.: “È vero che la riforma del MES implicherebbe una ristrutturazione automatica del debito nel caso in cui il nostro paese dovesse chiedere accesso ai suoi fondi? No, la riforma non prevede né annuncia un meccanismo automatico di ristrutturazione dei debiti sovrani. Come nel Trattato già oggi in vigore, non c’è scambio tra assistenza finanziaria e ristrutturazione del debito. La riforma chiarisce che le verifiche preliminari sulla sostenibilità del debito del Paese che chiede assistenza non hanno alcun carattere di automaticità (sono condotte con un “margine di

la sola certezza al momento è che “una spada di Damocle”⁸² pende in maniera preoccupante – e, verrebbe da dire, poco solidale – sul capo dei Paesi europei in difficoltà.

Alla luce di quanto affermato non stupisce allora che “Member States avoid these loans, even if they are under heavy pressure from the financial market. [...] the precautionary credit lines for the member states were associated with uncertainties; especially with regard to the related conditionality”.⁸³

Un atteggiamento riluttante degli Stati membri, legato inscindibilmente all’incertezza, al peso ed allo “stigma della condizionalità”,⁸⁴ che si è manifestato finanche nel corso dell’attuale crisi da COVID-19 ove l’istituzione di una speciale linea di credito all’interno del MES⁸⁵ rischia di essere praticamente vanificata (o

discrezionalità sufficiente”) e ribadisce che il coinvolgimento del settore privato nella ristrutturazione del debito rimane strettamente circoscritto a casi eccezionali”.

⁸² M. LOSI, *MES, cos'è e come funziona il Fondo salva Stati*, cit.

⁸³ R. STRAUCH, *The realignment of the European Stability Mechanism as the centerpiece of euro area reform*, cit., p. 6.

⁸⁴ I. BUFACCHI, *La perdita di sovranità frena l'intervento del salva Stati*, su *Il Sole 24 ore* del 18 marzo 2020.

⁸⁵ L’uso del MES nella crisi pandemica da COVID-19 meriterebbe ovviamente un elaborato a sé. Per quanto strettamente necessario alla piena comprensione dell’attuale trattazione, cfr. G. MORGESE, *Solidarietà di fatto... e di diritto? L’Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, numero speciale della rivista *EUROJUS*, 2020: “La linea di credito *Pandemic Crisis Support* (PCS) del MES, basata su una delle due linee precauzionali esistenti (la *Enhanced Conditions Credit Line*), è disponibile per 240 miliardi per tutti gli Stati dell’eurozona dal 1° giugno 2020 e fino alla fine del 2022. Essa ha lo scopo di sostenere le spese sanitarie dirette e indirette legate alla crisi pandemica e l’assistenza non può superare il 2% del PIL dello Stato richiedente, sulla base di un accordo a termini standardizzati resi noti in anticipo. Contrariamente alle linee ordinarie, i prestiti PCS sono soggetti solo al vincolo di destinazione prima ricordato, come confermato dalla Commissione che non solo ha ammesso alla linea tutti gli Stati dell’eurozona ma – per fugare ogni dubbio – ha sottolineato che la propria attività di sorveglianza sarà semplificata e si concentrerà sull’utilizzo per lo scopo previsto”.

comunque ridotta nella portata)⁸⁶ dal timore di un ritorno “improvviso” della condizionalità.⁸⁷

6. Conclusioni

Le riflessioni elaborate nelle precedenti pagine fanno emergere con chiarezza come solidarietà e condizionalità rappresentino i termini di un’equazione tuttora priva di soluzione; un binomio ontologicamente inscindibile ma, come dimostrato dalle vicende relative al Meccanismo europeo di stabilità, ancora alla ricerca di un equo bilanciamento. Ed infatti neanche l’attuale proposta di revisione al Trattato istitutivo del MES ha superato le ataviche criticità di tale connubio, dimostrando al contrario, esclusivamente, che “il re è nudo, ma non è la riforma del MES a denudarlo”.⁸⁸

Cosa auspicare, dunque, per il futuro? Al momento le soluzioni possibili sono diverse e si dividono in base all’orizzonte temporale che si prende in considerazione. Ebbene, per quanto concerne le soluzioni attuabili nel breve periodo – e quindi quelle sostanzialmente legate alla revisione del MES – è facile individuare i punti della riforma che sarebbe utile cambiare: “occorrerebbe rafforzare il ruolo della Commissione rispetto al MES [per limitare politicamente il suo tecnicismo *ndr*]; evitare che le CACs “single

⁸⁶ Al momento solo Cipro ha dichiarato che farà uso del MES per ottenere liquidità a bassi interessi e coprire così la spesa sanitaria incrementata durante l’epidemia. In tutti gli altri Paesi dell’eurozona sussistono invece grandi timori cfr. KONRAD, *Perché per ora nessuno vuole usare il MES*, pubblicato sul sito de *Il Post* il 18 maggio 2020.

⁸⁷ Cfr. F. SALMONI, *L’insostenibile “leggerezza” del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell’emergenza pandemica*, in *Federalismi*, 2020, n. 20, pp. 280 ss.: “[...] Di conseguenza, anche ammettendo che sia possibile, modificando o sospendendo la normativa attualmente in vigore, prevedere un accesso alla *Pandemic Crisis Support* – ECCL con condizionalità soft, è verosimile prevedere che l’andamento del rapporto tra MES e Stato beneficiario evolva verso l’introduzione di condizionalità *hard*, se non addirittura verso una modifica della linea di credito, con annesso un programma di aggiustamento macroeconomico”.

⁸⁸ Cfr. A. SARAVALLE, *Il re è nudo, ma non è la riforma del MES a denudarlo*, pubblicato il 25 novembre 2019 su il *Blog* dell’*Huffpost*.

limb” facilitino eccessivamente la ristrutturazione del debito; sottolineare con forza che la ristrutturazione del debito pubblico non possa essere decisa sulla base di valutazioni meccaniche”,⁸⁹ bensì a margine di un’attenta analisi che coinvolga pienamente le autorità nazionali; e ciò perché essa rischia di “aggravare la condizione economica e sociale di una nazione, nonché di avere effetti di contagio molto negativi sull’intera eurozona”.⁹⁰

Un punto di equilibrio potrebbe allora esser costituito da quella versione dell’art. 12 del Trattato – mai entrata in vigore⁹¹ – che proponeva una forma più cauta e articolata di “Private sector involvement”. In quella formulazione della norma si affermava infatti che:

“An adequate and proportionate form of private-sector involvement shall be sought on a case-by-case basis where financial assistance is received by an ESM Member, in line with IMF practice. The nature and the extent of this involvement shall depend on the outcome of a debt sustainability analysis and shall take due account of the risk of contagion and potential spill-over effects on other Member States of the European Union and third countries”.⁹²

⁸⁹ Cfr. G. GALLI, *Il Meccanismo europeo di stabilità: funzionamento e prospettive*, cit., p. 7.

⁹⁰ *Ivi*, p. 8.

⁹¹ Come detto in precedenza, il Trattato che istituisce un Meccanismo europeo di stabilità è stato sottoscritto dai 17 Paesi dell’eurozona il 2 febbraio 2012. In realtà, però, la versione entrata in vigore – e che oggi si intende modificare – ha a sua volta superato una precedente versione di Trattato, sottoscritta l’11 luglio 2011, ma mai giunta a ratifica.

⁹² Cfr. Art. 12 (2) della versione iniziale del Trattato, firmata l’11 luglio 2011, il quale continua affermando: “If, on the basis of this analysis, it is concluded that a macro-economic adjustment programme can realistically restore public debt to a sustainable path, the beneficiary ESM Member shall take initiatives aimed at encouraging the main private investors to maintain their exposure. Where it is concluded that a macro economic adjustment programme cannot realistically restore the public debt to a sustainable path, the beneficiary ESM Member shall be required to engage in active negotiations in good faith with its non-official creditors to secure their direct involvement in restoring debt sustainability. In the latter case, the granting of financial assistance will be contingent on the ESM Member having a credible plan for restoring debt sustainability and demonstrating sufficient commitment to ensure

In relazione invece alle soluzioni a lungo termine è più che auspicabile che il MES venga ricondotto formalmente nell'alveo dell'Unione,⁹³ superando così le macchinose logiche intergovernative – di matrice ordoliberal – per giungere finalmente sotto il controllo democratico del Parlamento europeo. Anche perché “the lack of a democratic institution from the decision-making process could indeed hamper the legitimacy of the mechanism as well as the effect of Solidarity and this is arguably the most significant weakness of the conclusion of the ESM Treaty”.⁹⁴

Al “riassorbimento” del MES, però, dovrebbero fare da *pendant* due ulteriori riforme. In primo luogo, si dovrebbe procedere alla creazione di un vero e proprio sistema perequativo fondato su un'unione fiscale europea.⁹⁵ In un simil contesto, infatti, mutuando l'esperienza federale tedesca, sarebbe possibile effettuare sia trasferimenti subordinati a stretta condizionalità – erogati

adequate and proportionate private-sector involvement. Progress in the implementation of the plan will be monitored under the programme and will be taken into account in the decisions on disbursements”.

⁹³ Secondo alcuni autori è la stessa base giuridica del MES a porre problemi in termini di solidarietà. Sul punto cfr. F. SALMONI, *L'insostenibile “leggerezza” del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, cit., p. 12: “In questo modo, con uno stratagemma talvolta (non del tutto erroneamente) criticato in dottrina, la base giuridica sulla quale incardinare l'istituzione del nuovo Meccanismo europeo di stabilità non fu più (come nel caso del MESF) l'art. 122, par. 2, TFUE, che faceva riferimento al principio di solidarietà, bensì il novellato art. 136, par. 3, TFUE, che faceva riferimento al principio della stabilità finanziaria e alla conseguente salvaguardia della zona euro nel suo insieme”.

⁹⁴ Cfr. K. KALAITZAKI, *The principle of European solidarity: Another victim of the EU financial crisis?*, cit., p. 38: “Notably, the European Parliament in one of its resolutions regarding the establishment of the ESM, importantly highlighted that the establishment and functioning of the permanent stability mechanism must fully respect the core principles of democratic decision-making such as transparency, parliamentary scrutiny and democratic accountability and it must not give rise to a new model of European governance which falls short of the level of democratic standards achieved in the Union”.

⁹⁵ Cfr. F. SANTAGATA, *Verso un federalismo fiscale europeo*, in *Federalismi*, 2018, n. 15; V. DANIELE, U. MARANI, *La disunione fiscale europea*, in *Economia e politica*, 2020, n. 12.

dall'Unione agli Stati membri per la realizzazione di obiettivi europei – che trasferimenti non condizionati volti al superamento di circostanze eccezionali.⁹⁶

In secondo luogo, si dovrebbe procedere alla mutualizzazione del futuro debito pubblico degli Stati europei attraverso strumenti di debito comuni all'intera Unione. Una strada questa da molti indicata già da tempo ma che oggi, alla luce della crisi economia legata al COVID-19, appare – seppur di poco – più facilmente percorribile.⁹⁷

Al di là, però, delle suddette ipotesi, il vero auspicio per il futuro è che la solidarietà non si trasformi nuovamente nella “vittima”⁹⁸ sacrificale della crisi economica.

Bibliografia

BARATTA R., *I vincoli imposti dal Fiscal Compact ai bilanci nazionali*, in *Federalismi*, 2014, n. 17.

BIONDI A., DAGILYTĖ E., KÜÇÜK E. (eds.), *Solidarity in EU Law, Legal Principle in the Making*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018.

BORGER V., *How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area*, in *European Constitutional Law Review*, 2013.

BRANCATI B., *I confini sfumati del diritto e le loro ripercussioni sull'attività delle corti. Il caso delle misure anticrisi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2018, n. 1.

⁹⁶ Al riguardo si è molto parlato dei cc.dd. stabilizzatori, strumenti adottati in molti sistemi di federalismo fiscale per riequilibrare la situazione degli Stati che affrontino congiunture economiche particolarmente negative dovute a *shock* improvvisi. Cfr. M. L. TUFANO, S. PUGLIESE, *L'intervento dell'UE alle emergenze: trade-off tra stabilità finanziaria e solidarietà*, cit., p. 234 ss.

⁹⁷ L. TORRI, *Un decennio di eurobond e perché non se ne è fatto ancora nulla*, in *Orizzonti politici*, 20 aprile 2020; A. MURATORE, *Che cos'è la mutualizzazione del debito*, in *Insideover* del 21 aprile 2020.

⁹⁸ Cfr. K. KALAITZAKI, *The principle of European solidarity: Another victim of the EU financial crisis?*, cit., p. 69.

BUTLER G., *Solidarity and its limits for economic integration in the European Union's internal market*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, n. 25.

CARLANDO L., *Alcune considerazioni in merito all'introduzione delle clausole di azione collettiva (CACs) nei titoli di Stato ad opera del Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 96717 del 7 dicembre 2012*, in *Rivista di diritto bancario*, 2013.

CASCAVILLA A., GALLI G., *Il MES: cos'è e come potrebbe essere utilizzato nell'attuale emergenza*, in *Osservatorio sui Conti Pubblici Italiani*, 26 marzo 2020.

DANIELE V., MARANI U., *La disunione fiscale europea*, in *Economia e politica*, 2020, n. 12.

D'AMBROSIO C., *Dal Meccanismo Europeo di Stabilità ai "Corona Bonds": le possibili alternative per fronteggiare la crisi dell'eurozona a seguito dell'emergenza Covid-19*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, numero speciale della rivista *EUROJUS*, 2020.

DREHER A., *IMF conditionality: theory and evidence*, in *Public Choice*, 2009, n. 141.

FERNANDES S., RUBIO E., *Solidarity within the Eurozone: how much, what for, for how long?*, in *Notre Europe Policy Paper*, 2012, n. 51.

GAROFOLI R., *Mes o non Mes? Un profilo giuridico*, in *Atlante Magazine*, 22 maggio 2020.

KALAITZAKI K., *The principle of European Solidarity: Another victim of the EU financial crisis?*, UC Lan Cyprus, 2016.

LO SCHIAVO G., *The ESM Treaty: a new form of intergovernmental differentiated integration to the benefit of the EMU?*, in *Evolving Europe: Voices of the Future*, 2013.

MENGOZZI P., *Il Trattato sul Meccanismo di Stabilità (MES) e la pronuncia della Corte di giustizia nel caso Pringle*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2013.

MORGANTE D., *Note in tema di Fiscal Compact*, in *Federalismi*, 2012, n. 7.

MORGESE G., *La solidarietà tra gli Stati membri dell'Unione europea in materia di immigrazione e asilo*, Bari, Cacucci, 2018.

MORGESE G., *Solidarietà di fatto... e di diritto? L'Unione europea allo specchio della crisi pandemica*, in *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, numero speciale della rivista *EUROJUS*, 2020.

NEERGAARD U., *Solidarity and the emu in times of economic crisis*, in KRUNKE H., PETERSEN H., MANNERS I. (eds.), *Transnational Solidarity: Concept, Challenges and Opportunities*, Cambridge University Press, 2018.

RUCCIA N., *Il Meccanismo europeo di stabilità ai tempi del coronavirus: la medicina cura la malattia?*, in *Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana*, 2020.

SALMONI F., *L'insostenibile "leggerezza" del Meccanismo europeo di stabilità. La democrazia alla prova dell'emergenza pandemica*, in *Federalismi*, 2020, n. 20.

SANTAGATA F., *Verso un federalismo fiscale europeo*, in *Federalismi*, 2018, n. 15.

SAPIR A., SCHOENMAKER D., *The time is right for a European Monetary Fund*, in *Policy Briefs*, 2017, n. 4.

TUFANO M. L., *Art. 136 TFUE*, in TIZZANO A. (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014.

TUFANO M. L., PUGLIESE S., *L'intervento dell'UE alle emergenze: trade-off tra stabilità finanziaria e solidarietà*, in CAGGIANO G. (a cura di), *Integrazione europea e sovranazionalità*, Bari, Cacucci, 2018.

VOGT M., *Towards a European social market economy*, LMU, München, 2011.

PART 2

**Solidarity in a Federal State: Some Examples
in Brazil Law**

V

Social inequality, social rights and the principle of Solidarity in Brazil

*Geraldo Magela Leite**

Summary: 1. Introduction – 2. Colonial mercantilism, slave regime and authoritarian state: the origins of social inequality in Brazil – 3. Fundamental rights and nature of social rights in the Brazilian Constitution – 3.1. Brief considerations on fundamental rights – 3.2. Brazilian Constitution: Solidarity, rebuilding the state on democratic grounds and adopting an extensive list of fundamental rights – 3.3. Fundamental rights protected against constitutional reform: are social rights at the intangible core of the Brazilian Constitution? – 4. Fundamental social rights, Solidarity and racial quotas for admission in public service and public universities – 4.1. Considerations on affirmative actions – 4.2. Assessment of racial quotas for admission to universities and public service – 5. Conclusions.

1. Introduction

Solidarity is a founding principle of the Federative Republic of Brazil, whose Constitution established as its goals, among others: building a free, just and Solidarity-based society; ending poverty and social exclusion; reducing social inequalities; and promoting well-being for all, without any forms of discrimination (Article 2).

* Legislative Consultant of the Chamber of Deputies, Brazil.

Despite this promising list of goals and an extensive list of social rights, Brazil is one of the most excluding, unequal, unjust, and violent countries in the world.

On one hand, a merely touristic or hasty look at carnival scenes, paradisiacal beaches and street parties will superficially reach thousands of people living friendly and happily in the same place, regardless of their quite diverse origins, social classes or races. On the other hand, a slightly more attentive look will show a country that irreconcilably goes into conflict. Under an aura of cordiality and peaceful coexistence, which denies the underlying conflicts, the country convulses every day, far from the Solidarity that, at least formally, was established. Data from diverse studies show those implacable conflicts.

According to the 2019 Atlas of Violence, a study published by the Economic Research Institute (“Instituto de Pesquisas Econômicas”), there were 65.602 homicides in Brazil in 2017; approximately 30,5 deaths per 100.000 inhabitants.¹ Comparative analysis reveals that Brazil is the second most violent country in Latin America, only behind Venezuela, whose rate is 56,8 deaths per 100.000 inhabitants.²

The Atlas highlights that such violence is even more dramatic if one considers that lethality affects mainly young people: 59,1% of total deaths of men between 15 and 19 years old are caused by homicide. In addition, there is a worrying increase in lethal violence against specific groups, including women, black people, and the LGBTI community (lesbian, gay, bisexual, transgender, and intersex).

In fact, the same IPEA report shows that the number of female homicide victims increased in 2017 compared to 2016. There were about 13 murders per day, with 4.936 women being killed by

¹ IPEA, *Atlas da Violência 2019*. Available at <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/12/atlas-2019>, access on 25.06.2020.

² UNDOC, *Global study on homicide; homicide trends, patterns and criminal justice response*, 2019, p. 21. Available at <https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/gsh/Booklet2.pdf>, access on 25.06.2020.

homicide. There was also a high growth (30,7%) in femicide from 2007 to 2017. It is not possible to establish accurate data related to female homicide rates, as the Law dealing with notification is relatively new.³ However, there is information from the United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean reporting that 40% of all the femicides in Latin America in 2017 happened in Brazil.⁴

Furthermore, also concerning female homicide rate, the racial issue is an important and even necessary matter to be dealt with. According to the referred 2019 Atlas, while homicide rate for non-black women grew by 4,5% between 2007 and 2017, the rate for black women grew by 29,9%. In absolute numbers, the difference is brutal, since growth among non-black women is 1,7% and among black women, 60,5%.

The same racial approach must be considered regarding general data on violence. The Atlas showed that 75,5% of homicide victims were black (percentage that includes black, and mixed-race or *pardo* people), according to the classification adopted by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE). In this context, the homicide rate per 100.000 blacks was 43,1; while for non-blacks (white, yellow, and indigenous) the rate was 16,0. In other words, proportionally to the respective groups, for each non-black victim of homicide in 2017, there were approximately 2,7 black people.

Regarding social and income inequality, Brazil stands out as the world's largest economy whose income is most concentrated in the hands of the richest 1% of the population. According to a survey

³ BRASIL, Law No. 13.104/2015 (“Lei do Femicídio”), of 9 March 2015. It amends art. 121 of Decree-Law no. 2.848, of 7 December 1940 - Penal Code, to provide for femicide as a qualifying circumstance for the crime of homicide, and art. 1 of Law no. 8.072, of 25 July 1990, to include femicide in the list of heinous crimes.

⁴ At least 2.795 women were murdered in 2017 for gender reasons in 23 countries in Latin America and the Caribbean, according to official data compiled by the Gender Equality Observatory of the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC). In absolute terms, the list of femicides is led by Brazil (with 1.133 confirmed victims in 2017).

coordinated by economist Thomas Piketty, the richest 1% had 27,8% of national income, against 2,7% in India, 16,8% in Argentina and 20,2% in the United States and Russia. The richest 10%, on the other hand, held 55% of the whole national income, a level only seen in India and Sub-Saharan Africa. Those percentages are much higher than Europe, Russia and China.⁵

Along the same lines, a study carried out by the “Fundação Getúlio Vargas” (Getúlio Vargas Foundation), which assessed changes in inequality rates between 2014-2019, revealed that the income of the poorest half of Brazilians fell about 18% in that period while the richest 1% had an almost 10% increase. The Gini Index, which is the best-known indicator of inequality, shows an upward trend after the last quarter of 2014, when the lowest level was found, reaching 0,6003. After that, there has been a persistent increase. Compared data shows that Brazil has had 17 consecutive quarters with a steady increase in inequality.⁶

Moreover, the 2019 Human Development Report from the United Nations Development Program also confirms that inequality in Brazil is worsening. Even though Brazil is among the ten largest economies on the planet, it is the seventh most unequal country in the world, only behind some African Nations.⁷

Land distribution in Brazil, concentrated in a few hands, also corroborates Brazilian inequality. According to the report “Terra, Agricultura e Desigualdade no Brasil Rural” (Land, Agriculture and Inequality in Rural Brazil), published by Oxfam International in 2016, large properties accounted for 0,91% of total Brazilian rural properties, which, however, had 45% of the country’s total area. Otherwise, properties with an area of less than 10 hectares

⁵ F. ALVAREDO, L. CHANCEL, T. PIKETTY, E. SAEZ, G. ZUCMAN, *World inequality report*, 2018, p. 142.

⁶ See M. NERI, *A Escalada da Desigualdade*, in *FGV SOCIAL*, 2018, pp. 2-20. Available at <https://www.cps.fgv.br/cps/bd/docs/A-Escalada-da-Desigualdade-Marcelo-Neri-FGV-Social.pdf>, access on 25.06.2020.

⁷ UNDP, *Human Development Report*, 2019. Available at <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2019.pdf>, access on 25.06.2020.

represented about 47% of total properties but occupied only around insignificant 2,3% of the total area.⁸

Data on access to education is no more encouraging than the one on income and land distribution. The 2019 “Pesquisa por Amostra de Domicílios Contínua” (2019 Continuous Household Sample Survey), carried out by the “Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística” (Brazilian Institute of Geography and Statistics), showed that Brazil had at least 11,3 million people over the age of 15 who were illiterate (6,8% illiteracy rate). In the world, according to UNESCO, around 793 million people remain in the same situation.⁹

Furthermore, the national functional illiteracy index was 30% of Brazilians between 15 and 64 years old; being functional illiterate understood as those who can read and write something simple, “but do not have the necessary skills neither to meet their daily needs concerning reading and writing nor to make their personal and professional development feasible”.¹⁰

According to “Education at a Glance”, a report published by the Organization for Economic Cooperation and Development, which assessed its 45 members or partner nations, Brazil had only 21% of people from 25 to 34 years old with a college degree, while the average of the other members was 44%. As for highest levels of education, such as master’s and doctoral degrees, only 0,8% of people between 25 and 64 years old had a master’s degree and 0,2%

⁸ OXFAM, *Terra, Agricultura e Desigualdade no Brasil Rural*, 2016, p. 8. Available at <https://oxfam.org.br/wp-content/uploads/2019/08/relatorio-terrenos_desigualdade-brasil.pdf>, access on 25.06.2020.

⁹ See GAZETA DO POVO, *Taxa de analfabetismo no Brasil em 2018*, 19.06.2019, p. 1. Available at <https://infograficos.gazetadopovo.com.br/educacao/analfabetismo-no-brasil-em-2018/>, access on 25.06.2020.

¹⁰ INAF BRASIL, *Ação educativa*, 2016, p. 16. Available at http://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Inaf2018_Relat%C3%B3rio-Resultados-Preliminares_v08Ago2018.pdf, access on 25.06.2020.

had a doctorate. Among the thirty-five nations that had available data on doctoral degrees, Brazil was one of the three worst.¹¹

The data mentioned above show only a few examples. So many others could be brought to confirm this picture of absolute inequality and exclusion. Axel Van Trotsenburg, managing director of operations for the World Bank, has examined Latin America's social situation in a broader perspective and summarized the current state of affairs on this part of the American continent in a memorable sentence: "there are not only inequalities: there are people excluded from a future".¹²

It is essential to point out that the idea of equal rights is one of the foundations of modern constitutionalism and is aligned with the very history of fundamental rights protection. History shows individual and political rights being positioned as first-generation rights, as they were considered indispensable not only for people protection against the arbitrary use of government power but also for the formation of bonds of identity and belonging to a socio-political community of equals. Those rights were followed by social, cultural, and economic rights (second generation), Solidarity rights (third generation), and the fourth-generation rights, related to pluralism, democratic participation, and information.

Social inequalities in Brazilian society are far from being mitigated. On the contrary, they have currently been deepening, which denies not only the very idea of modernity but also the constitutionalism that emerged from it. It is possible to state that in several aspects and for an expressive number of people, Brazil

¹¹ See OECD, *Education at a Glance 2019: OECD Indicators*, Paris, OECD Publishing, 2019, p. 42.

¹² See EL PAÍS, *Depois dos protestos na América Latina, não há apenas desigualdade: há pessoas excluídas do futuro*, 14.12.2019, p. 1. Available at <https://brasil.elpais.com/economia/2019-12-14/depois-dos-protestos-na-america-latina-nao-ha-apenas-desigualdade-ha-pessoas-excluidas-do-futuro.html>, access on 25.06.2020.

boasts a pre-modernity framework, which deeply contradicts the values established by its Constitution.

Hence, this study aims at examining this perplexing scenario, analyzing social inequality in the context of Brazilian legal system and its principle of Solidarity, both within a constitutional view. It discusses social rights as a category of fundamental rights. It shows the debate (that is still far from consensus) on the inclusion of social rights in the list of entrenched clauses. It examines the quota policy, notably the racial quotas, for admission of Afro-descendants to universities and public offices. Finally, it points out the perspectives of social rights and Solidarity itself in the context of an ultra-liberal trend that is currently emerging and striving for reducing the size and role of the state and for individual solution for social problems.

Finally, in order to fulfill the purpose of this study, its theoretical framework lies in the understanding that slavery, colonial mercantilism and state authoritarianism have made up the picture of violence, inequality and social exclusion in Brazil. As for the construction of alternatives to cope with this situation, this article adopts an understanding that Brazilian reality requires the formulation of an adequate constitutionalism to face the country's late or incomplete modernity. This constitutionalism must reaffirm the postulates of democracy and of the so-called Social State of Law.

2. Colonial mercantilism, slave regime and authoritarian state: the origins of social inequality in Brazil

Understanding Brazilian reality requires a journey back in time to its formation as a Nation. This itinerary reveals that in the fertile soil of the so-called "Terra Brasilis", three races were forced, with extreme violence, into an unchosen coexistence. This reality denies the myth of Brazilian culture and society as being constituted from European, African, and indigenous cultural influences. Far from a balance that such conception might suggest, what happened was a violent domination structured by Portugal and its colonial mercantilism, subjugating indigenous and African people.

Regarding political, social, cultural, and economic aspects, colonial mercantilism imposed severe restrictions on Brazil, a colony referred to as Portugal's "tropical jewel". First of all, at the political level, starting in 1549, the Portuguese government decided to centralize its power in the colony, by introducing a general governor. There was neither separation of power nor organization of autonomous local communities. Protests against the colonial administration were severely repressed. In addition, the colony was prevented from setting up universities, from developing more complex manufacturing activities, from engaging in business with other nations, and from properly taking advantage of the abundant wealth that the soil provided. Finally, regarding workforce, there was the enslavement of black Africans and indigenous peoples, which roughly lasted from 1550 to 1888.

Structured on the large monoculture property, under the so-called *sesmaria* regime, the Portuguese colonial company was characterized by intensive exploitation, aiming at maximum profit. Thus, settlement occurred only as an underlying and necessary factor for the exploration itself, and not for forming a nation. Far from being peaceful or negotiated, relationships were vertical and extremely violent.

Regarding indigenous people, the main mark of that violence was extermination. After declaring its ownership over Brazilian territory, the Portuguese government distributed land, completely disrespecting the indigenous population living there, causing intense conflicts that lead to the death of millions of natives. Furthermore, groups of pioneers, called *Bandeirantes*, organized expeditions to capture native Brazilians for slave labor, causing more conflict and death. Finally, contact with Europeans and Africans had a major impact on indigenous ecology, with the spread of various infectious diseases, causing an unaccounted number of deaths.

Therefore, between the 16th and 20th centuries, the indigenous population significantly decreased, reducing from 4 to 5 to million to 817.963 people, according to data from the 2010 Demographic

Census, carried out by the Brazilian Institute of Geography and Statistics.¹³

That colonial mercantilism is also responsible for the concentration of land in a few hands. Invoking the right of conquest, the Portuguese government took possession over the whole Brazilian territory, which was exploited by granting privileges, called *sesmarias*. Under that regime, people were given possession over large pieces of land, which were subjected to productive exploitation, without property titles being granted.

That *sesmarial* system was extinguished in 1822, the year of Brazil's independence. After that, there was a period of almost thirty years without any regulation, known as the "empire of possessions". In the absence of land regulations, possession became the recurring way of acquisition, especially by those more fit to conquest. In 1850, the *sesmaria* regime was officially replaced by the "Land Law", which established that only those who could pay for the land would have access to it. That regulation drove away the impoverished population and, consequently, black people, definitively consolidating large properties and Brazil's rural oligarchy.

As for access to education, school activities were connected to the catechization entrusted to the Jesuit priests, who remained in Brazil until 1792, when they were expelled by the Portuguese government. The Jesuits set up schools and seminars, which were attended by the free people, as there were no public schools or regular courses. Slaves of any race, black or indigenous, were prohibited from attending those establishments, which explains their high rates of illiteracy or low education level.

Still regarding education, due to Portuguese government determination, university courses could not be established in Brazil. In order to attend college, Brazilian children, who could afford it,

¹³ IBGE, *Censo 2010*, 2010. Available at <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-poblacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia>, access on 25.06.2020.

had to move to Portugal. Thus, the remaining Brazilians were prevented from attending university. The first faculties were implemented only in 1808 because of a need of the state, with the arrival of the Portuguese Court. It was when the Faculty of Surgery of Bahia and the Faculty of Medicine of Rio de Janeiro were open. The results of this policy of preventing people from the right to education are visible in educational statistical studies, as briefly pointed out in the introduction.

Finally, the striking features of Brazilian reality cannot be understood without a closer examination of the slave regime and its particular form of violence. To a large extent, the profound social inequality and a significant part of social exclusions currently observed in Brazil are associated, in one way or another, with the exploitation of slave labor, carried out for more than three hundred years.

Brutally uprooted from all their ties of belonging, black Africans were subject to painful forced labor, with degrading conditions of exploitation. They were not even considered people and were reduced to the status of an object owned by his/her lord.

Slavery can be summarized in the following way: the slave is a property, object of purchase and sale, like any other commodity; he/she is a foreigner, torn from his family and social environment; the relationship between master and slave is based on violence; slave work is always available to its owner; the master can even control the slave's procreation, so that neither the slave sexuality nor his/her offspring belong to him/her; the condition of a slave is hereditary and passes from father to son.¹⁴

That relationship of subjection and violent domination of the bodies of a multitude of slaves is a fact that is still neglected in anthropological studies, but it is deeply marked in the formation of Brazilian people.

¹⁴ See L. GOMES, *Escravidão, Volume I: Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*, Porto Alegre, Globo Livros, 2019, p. 849.

Contardo Calligaris makes a particularly compelling study on that situation, pointing out that in modern western world, for more than 200 years, power has no longer been exercised over people and their physical bodies, but over things. Thus, no one else is dominated for being a plebeian, a foreigner or a slave and access to goods in general, which are external forms and also instruments of power, is provided, at least in theory, to everyone.¹⁵

In Brazil, however, the largest slave system in the West was implemented and modernization has only half-happened. Thus, within the upper classes, the rule is the exercise of power over things and for things, so that its members can buy services from each other, without anyone being able to possess anyone's body. However, in the relationship established with the classes euphemistically called "not favored", power is still the power over bodies, built according to the slavery model. Thus, the ruling classes have not yet opened the doors of power over things to more than half of Brazilian population.

Calligaris observed that criminal violence in Brazil can be understood as connected to that atavistic slave-like characteristic. Here, what is at stake is not only the desire to possess things, as criminals would do in other countries. In Brazil, one could steal a car without killing the driver, break into a house in the absence of the owner or take something without aggressively pointing a gun. What happens, however, is that the relationship between rich and poor Brazilians is mainly a matter of possession of bodies: "they are the ones that are good to own".¹⁶

It is in this context that a crowd of people wake up every day, not even being able to claim to be unemployed, since they were never actually employed. In fact, there is a multitude of slaves who witness

¹⁵ See C. CALLIGARIS, *Modelo epidemiológico traz otimismo, mas país precisa romper tradição secular. A violência já reverte se os elevadores de serviço forem suprimidos*, in *FPS*, 1996, p. 5. Available at <https://www.ufrgs.br/psicoeduc/chasqueweb/psicanalise/contardo-praga.htm>, access on 25.06.2020.

¹⁶ *Ibidem*.

the transformation of power relations before their eyes and in their society, without being reached or affected in their condition, as they remain slaves in a modern and advanced capitalist society.

That crowd will understand that the violence that falls upon them is not just lack of goods or status, but a permanent violence against their bodies. Therefore, many of those who “choose” a criminal life will do so not only to possess the goods that they cannot have. They will also do it to experiment that kind of violence against the bodies of their victims, in the same way their bodies had been victims of the violence of others.

Calligaris concludes by stating that the number of people who will choose crime is perhaps much greater than expected in any other country comparable to Brazil. This would not be surprising, since “the sense of belonging to a community is what causes its laws to be internalized” and enforced. That army of excluded people, however, does not truly belong to the community or does not really feel like a member of it.¹⁷

For Laurentino Gomes, slavery is violent by definition and does not need adjectives. In Brazil, however, it was not just a humanitarian tragedy of gigantic proportions. It represented much more than that. Slavery was the most meaningful experience in Brazilian history, so that no other subject “is as important and as defining for the construction of our identity”.¹⁸

In fact, Brazil was the largest slave territory in the mercantilist world. It received more than 5 million black Africans, a number that represents approximately 40% of the captives who embarked for America. No other country in America has made more use of slave labor or postponed its abolition and the use of free labor for so long. Indeed, while other countries were overcoming slavery, Brazil was intensifying it.

In the end, when Brazil decided to “face” that serious problem, a “white abolition” was chosen; an abolition that was decided and

¹⁷ *Ibidem.*

¹⁸ See L. GOMES, *Escravidão, Volume I: Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*, cit., p. 40.

carried out by the social superstructure, not as an imperative need of its history and its people, but as a response to international pressures. Abolition was set in order to try to clear out the stain that damaged Brazilian reputation before the other nations in the world.

Hence, that was how Brazil passed an abolition law, the Golden Law (“Lei Áurea”), and then abandoned the entire Afro-descendant population to their own luck, refusing to discuss any compensatory measures or ways of inserting that enormous amount of dispossessed people, exploited to the limit of their possibilities and excluded from access to fundamental rights. The result of that insensitive way of solving the slavery situation is reflected in all social statistics, which show the existence of a real abyss in terms of opportunities between the white population descending from Europeans and the population descending from Africans.

The social inequalities aforementioned have disastrous effects on people, on Brazilian society as a whole and on the democratic regime itself. Fighting them is an imperative need, which is not just a Brazilian issue, although inequality here is extreme. It is a worldwide struggle, as Oxfam International’s Duncan Green has rightly stated:

“the fight against the scourge of poverty, inequality and the threat of an environmental collapse will define the 21st century, as the fight against slavery or for universal suffrage defined the 20th”.¹⁹

Therefore, Solidarity must be characterized, both formally and materially, by the interdependence and cooperation between members of a society, by equal opportunities and by promoting well-being for all. More than ever, Brazilian society must understand Solidarity as a necessary value to social coexistence and as a legal principle that still lacks effectiveness. Moreover, it seems that Brazil needs to be convinced that it is not possible to go on without considering the consequences and tragedies of its slave past. In that context, public policies to promote equality and the utopias of a social and democratic State based on Law cannot be renounced,

¹⁹ D. GREEN, *From Poverty to Power: How Active Citizens and Effective States Can Change the World*, Oxford, Oxfam Publishing, 2008.

especially when ruling political forces have established market economy as the regulator of everything.

3. Fundamental rights and nature of social rights in the Brazilian Constitution

3.1. Brief considerations on fundamental rights

In a schematic way, constitutionally guaranteed human rights are called fundamental rights. Although they exist in a state of permanent interaction, their establishment in the legal system distinguishes fundamental rights from human rights. The former is established by a superior law of a country, while the latter stem from international conventions and treaties. In modern constitutionalism, the recognition of fundamental rights demanded their emancipation from the status of an ordinary law to achieve the level of constitutional rights, which neither the ruler nor the state could freely change.

Robert Alexy points out that there is a special condition for those rights to exist. Having a higher hierarchy, fundamental rights could only be restricted by constitutional norms or due to them. Thus, restrictions on fundamental rights either stem from norms of constitutional hierarchy or from “infra-constitutional laws, whose establishment is authorized by the constitution itself”.²⁰

Regarding legal systems in contemporary constitutionalism, Habermas proposes five categories of rights *in abstracto* that generate the legal code itself: 1) fundamental rights resulting from the right, to the greatest possible extent, to equal subjective freedoms of action; 2) fundamental rights arising from membership in a voluntary association of partners of the Law; 3) fundamental rights derived from the feasibility of the legal right to petition and from the politically autonomous configuration of individual legal protection; 4) fundamental rights to equal participation in processes of opinion

²⁰ See R. ALEXY, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 286 (Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã).

and will formation; 5) fundamental rights to decent living conditions.²¹

Hence, that is how fundamental rights became a central legal issue in any legal system. There are even those who defend that the core of constitutional studies, which used to be in the organizational part of the constitution, has been transferred to the substantive part, whose contents refer to fundamental rights and procedural guarantees of freedoms.²² The same understanding is shared by Supreme Federal Court Minister, Marco Aurélio Mello, for whom:

“fundamental rights are the most important part of the 1988 constitutional project, involving values of freedom, equality and dignity”.²³

Lastly, it is necessary to mention that contemporary constitutions are not simply documents establishing individual fundamental rights and limiting state power. Contemporary constitutionalism has premises such as the supreme and normative force of the Constitution and the centrality of fundamental rights, including social rights, with radiating effects on the entire legal system. Therefore, there is a perspective of revaluing the constitution, whose rules are understood to be not only imperative but also binding and mandatory. In addition, while constitutional norms radiate to the entire legal system, which is called “Constitutionalization of Law”, fundamental rights also accompany the same irradiation in order to conform the entire legal order to their postulates.

3.2. Brazilian Constitution: Solidarity, rebuilding the state on democratic grounds and adopting an extensive list of fundamental rights

The 1988 Democratic Constitution is the superior legal document resulting of a process which had different types of movements in its

²¹ See J. HABERMAS, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1, pp. 159-160 (Trad. Flávio Beno Siebeneichler).

²² See P. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007, XX ed. atualizada, pp. 584-587.

²³ See CNJ, *Toffoli sobre a Constituição: é preciso fazer ecoar os gritos do nunca mais*, 4 de outubro de 2018. Available at <https://www.cnj.jus.br/toffoli-sobre-a-constituicao-e-preciso-fazer-ecoa-os-gritos-do-nunca-mais/>, access on 25.06.2020.

historical components such as: the fight against the dictatorial regime established in 1964; the organizations that fought for human and political rights and for freedom of association; the movements demanding freedom of expression, assembly and press; the demands for organizational freedom for political parties and for direct elections; and diverse movements demanding better living conditions and reduction of the enormous inequalities.

Indeed, the Constitution was a response, at the legal-constitutional level, to Brazilian reality characterized by long-time social and regional inequalities and exclusions of all kinds. That historical period was marked by several movements including: a fight for social reshaping and re-democratization of the country (which included a great national mobilization toward direct elections), the process of elaboration of the Federal Constitution, the Brazilian states' Constitutions, and the organic Laws of the Municipalities; and the search for social justice and access to basic health, education, housing and social assistance.

The fight for re-democratization was not limited to the demands for full restoration of representative democratic institutions. There was a claim, from the beginning of that struggle, for direct participation as a dimension of democracy.²⁴ In addition, the intense popular mobilization craved for responses from the future constitutional order concerning exclusion and poverty. Thus, in an unprecedented way, the principles of Solidarity and construction of a just and Solidarity-based society were included as principles of the Federative Republic.

Therefore, the final text of the Constitution incorporated first-generation fundamental rights concerning civil and political freedoms, and established the social, economic and cultural rights of the second generation. Furthermore, it set up Solidarity rights, such

²⁴ The importance of social movements for Brazilian re-democratization placed three fundamental questions on the agenda of the discussion on democracy: the relationship between procedure and social participation; the redefinition of adequacy to non-participatory and bureaucratic solution; and the relationship between representation, on one hand, and cultural and social diversity, on the other.

as the rights to development, to environment, to property of the common heritage of mankind, to peace and to communication (3rd generation). Finally, it ensured fundamental rights to democratic participation, to pluralism in all its forms and to information, the so called fourth-generation fundamental rights.

Regarding social rights, the Constitution established that:

“rights to education, health, food, work, housing, transportation, leisure, security, protection of motherhood and childhood, and social assistance are social rights as instituted in this Constitution” (art. 6).

Therefore, the Constitution outlines concrete parameters for the state’s performance in relation to each right, enabling the legal system to reinforce those social rights based on the minimum essential standard of living.

According to Daniel Sarmiento, the new constitution does not only outline the rules for the democratic game or establish the necessary conditions to make “democracy possible”. “It is definitely not a procedural type constitution”. It is a leading, substantive, plural and compromising constitution which inaugurates the incorporation of several claims for rights from social moments.²⁵

The 1988 Constitution is also the first one in Brazilian history to set up Solidarity as a principle and goal for the Republic itself. In doing so, it established that social Solidarity would be exercised through public policies as well as through private social activities, enforcing that principle in any situation in which it would be denied.

In the end, it is necessary to highlight the importance given to the principle of human dignity in the 1988 Constitution. Legal scholars and case law have currently recognized it as the main principle of the Charter, providing meaning to the constitution. Human dignity is the true axiological epicenter of the entire legal system, which incorporates the demands for justice and ethical values.

²⁵ See D. SARMENTO, *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 179-180.

3.3. Fundamental rights protected against constitutional reform: are social rights at the intangible core of the Brazilian Constitution?

Following the tradition of Western constitutionalism and of previous Brazilian republican Constitutions, the primary constituent power positioned fundamental rights at the core of the 1988 Charter. In addition, a list of rights was set as essential to citizenship, receiving special protection, being considered the hard core of the Constitution. Thus, among that list, individual rights and freedoms were declared not subject to abolition; the so-called “stone clauses” (entrenched clauses).

In Brazil, there is no consensus regarding the reach of art. 60, § 4, I, of Constitution, notably if social rights are also protected as entrenched clauses. Scholars are divided into two groups: the ones who defend that only individual rights and freedoms are protected as expressly established in the Constitution (i); and those who argue that social rights must have the status of entrenched clauses (ii).

Those who defend a restrictive interpretation of art. 60, § 4, IV, cling to the literality of the constitutional text. Thus, as art. 60 only mentioned individual rights in its text and did not mention “social rights”, the specific field of legal protection would have excluded them and their implementation would be dependent on availability of resources and on different conditions that could change over time. Therefore, they could not be considered immutable.

In a different way, from a systemic interpretation of the 1988 Constitution, considering the primacy of Solidarity and human dignity as its goals and as the very foundation of the Federative Republic of Brazil, the second group of scholars argue that there is no legal or even axiological hierarchy between individual rights and freedoms, and social rights, or between the rights of one generation over the ones of other generations. On the contrary, there is a close harmony between the Constitution and the thesis of indivisibility and interdependence of all generations of fundamental rights; thesis that is central to international human rights law.

Ingo Sarlet, aligned with this second group, does not admit the restrictive interpretation and states that the individual rights and freedoms referred to in article 60, paragraph 4, inc. IV, include all social rights and the rights to nationality and citizenship (political rights). For him, as there is not a different legal regime expressly established in the Constitution, it does not seem plausible to exclude social rights from the list of “entrenched clauses”.²⁶

It is useful to analyze the Supreme Court’s jurisprudence to bring more light to the issue. Although the majority of the Ministers have not expressly adopted the thesis that all the fundamental rights of different generations are entrenched clauses, their decisions point toward that direction. In ADI 939-DF, the Supreme Court declared the EC no. 03/93 to be unconstitutional based on rights not established on the list of fundamental rights (tax precedence: art. 150, III, b, CF / 88), showing that STF did not adopt the thesis that only the clauses of the items of art. 5 were entrenched.²⁷

Another example of social rights being included on the list of entrenched clauses is ADI n. 1946 / DF47, in which the Supreme Court interpreted art. 14 of EC no. 20/98 in accordance with the Constitution, to exclude the value of maternity leave benefit from the maximum benefit value established in that article. According to STF, the inclusion would imply discrimination of women in labor market (violation of art. 7, XXX, CF / 1988), since the employer would not hire women for functions whose remuneration exceeded that limit, because during maternity leave the employer would have to pay the difference between the full remuneration and that maximum benefit value. Although it alluded to the principle of non-

²⁶ See I. W. SARLET, *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*, in STF, 2008. Available at http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf, access on 25.06.2020.

²⁷ R. BRANDÃO, *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?*, in *Custos Legis*, 2010, p. 12. Available at http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2010/2010/aprovados/2010a_Dir_Pub_Brandao.pdf, access on 25.06.2020.

discrimination between men and women in labor market, the Supreme Court ruled out an interpretation of a constitutional amendment that reached the essential core of the right to maternity leave, which has long been considered a social security benefit and, therefore, a social right.

From the above, it is possible to conclude with Rodrigo Brandão that, although the Supreme Court did not explicitly affirm that social rights were entrenched clauses, their decisions have corroborated that thesis.²⁸

In other words, social rights are also part of the intangible core of the Constitution and cannot be changed by the secondary constituent power, meaning that the goal of building a just and Solidarity-based society, a goal that incorporates Solidarity as a constitutional principle, must be pursued through various actions, including legally enforceable social assistance benefits. It is not enough for the state to guarantee and promote formal equality. The state must also act to fight material inequalities as an effective expression of Solidarity, human dignity, and the importance of fundamental rights, in which social rights are included.

4. Fundamental social rights, Solidarity and racial quotas for admission in public service and public universities

4.1. Considerations on affirmative actions

The creation of a Democratic State of Law by the constituent power does not *per se* establish democracy, nor does the establishment of a list of social rights within the framework of the Constitution *per se* change the socioeconomic reality or the historical social inequality. In both cases, the legal and political conditions for exercising democracy and Solidarity are established with the constitutional normative force. The Constitution contains

²⁸ R. BRANDÃO, *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?*, in D. SAMENTO, C. PEREIRA DE SOUZA NEITO (org.), *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, pp. 451-483.

rules defining tasks and policies to be implemented by the three branches of powers. Thereafter, it is the legal system partners, its operators and scholars, that have to extract the greatest possible meaning from the Constitution in order to give it the greatest possible effectiveness.

In order to give effectiveness to the principle of Solidarity and to several social rights, dozens of social programs have been implemented since the 1988 Constitution was established, such as: “Água para todos” (Water for all); “Luz para todos” (Light for all); “Bolsa família” (Family allowance); “Brasil alfabetizado” (Literate Brazil); “Brasil sem miséria” (Brazil without misery); “Comunidade solidária” (Solidarity-based community); “Fundo de amparo ao trabalhador” (Workers’ support fund); “Garantia-safrá” (Guaranteed crop); “Mais médicos” (More doctors); “Minha casa, minha vida” (My home, my life); “Pontos de cultura” (Points of culture); “Universidade para todos” (University for all); “Erradicação do trabalho infantil” (Eradication of child labor); among others.

A combined action of several of those social programs and a set of public policies ensured an income increase for the poorest population as well as access to home ownership, health and education, and the removal of Brazil from the Hunger Map.

As for social inequalities and exclusions of specific groups, affirmative action policies have become the main public policy for coping with the situation. Although quotas are the most well-known form, affirmative action can be developed as bonuses funds, scholarships, contract preferences, setting of goals, financial compensation, land and housing distribution, policies of identity valorization, among others. Through affirmative action, not only material equality and access to basic rights, but also ethnic and cultural valorization are promoted.

In fact, Brazilian legislation establishes some hypotheses of compensatory or affirmative protection.

Law 8.112, of 11 December 1990, reserves 20% of jobs offered in public contests for people with disabilities.

Law 9.504, of 30 September 1997, establishes the gender quota, so that each political party must fill a minimum of 30% and a maximum of 70% for candidacies of each sex in the elections for the Chamber of Deputies, Legislative Chamber, Legislative Assemblies and City Councils. Although the legal text does not state, it is known that the purpose of the law was to combat political under-representation of women, which, in Brazil, is one of the lowest in the world.

Law 12.711, of 29 August 2011, establishes a quota in federal institutions of high school and higher education (linked to the Ministry of Education) to students who have fully attended high school in public schools, to those self-declared black, *pardo* or indigenous and to people with disabilities.

Finally, Law 12.990, of 9 June 2014, reserves for blacks (which includes black and *pardo* people) 20% of the vacancies offered in public contests to fill public positions and jobs in federal public administration, including its autarchies, public foundations, public companies and public-and-private companies controlled by Federal Government.

Despite their proven benefits, compensatory policies have many objections. Critics allege that people from present time cannot be held accountable for mistakes made by others in the past. Thus, if any negative consequence of something previously occurred is still projected on the present and the future, citizens from present or future time cannot be compelled to answer for what the ones from the past were not forced to solve.

There are also those who challenge affirmative action appealing to what is established in the caput of art. 5 of the Constitution, according to which everyone is equal before the Law without discrimination of any kind. They state that both negative discrimination and legislative protection seeking to establish more favorable conditions for historically disadvantaged groups are unconstitutional.

For the Supreme Court, however, that interpretation is individualistic and does not consider the legality contained in art. 3,

I, of the Federal Constitution, which establishes the fundamental goal of building a free, just and Solidarity-based society. Hence, present generations must repair the damages caused in the past in order not to eternalize the problems.

According to Ingo Wolfgang Sarlet, affirmative action:

“pay homage to the unsurpassed Aristotelian maxim that true equality consists in treating unequally the unequal and equally the equal; a maxim that Rui Barbosa interpreted as the ideal of treating the equal equally, to the extent of their equality, and unequally the unequal, to the extent of their inequality”.²⁹

In fact, the Law must have a social rebalancing role, considering that the Federal Constitution itself, by establishing the principles of Solidarity and equality, also aims to protect the historically disadvantaged, sacrificed or even persecuted social segments or groups. Hence, compensatory policies do not contradict the equality principle from art. 5 of the Constitution. On the contrary, they prestige it and give effectiveness to the Solidarity principle itself.

For those reasons, the state must act both through universal public policies that reach the largest possible number of people, and through affirmative action aimed at specific social groups. In this case, government must give a social group, for a certain time, more favorable conditions, or certain advantages in order to promote the overcoming of social inequalities or exclusions.

4.2. Assessment of racial quotas for admission to universities and public service

The state of Rio de Janeiro was one of the pioneers to establish racial quotas for admission in its universities. Law 3.708, of 9 November 2001, established the minimum quota of up to 40% for black and *pardo* populations in filling vacancies to undergraduate courses at “Universidade do Estado do Rio de Janeiro” (UERJ) and “Universidade Estadual do Norte Fluminense” (UENF).

²⁹ I. W. SARLET, *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*, cit.

Based on the aforementioned Law, “Universidade do Estado do Rio de Janeiro” was the first public university in Brazil to adopt the quota system for the admission processes of students to undergraduate courses. In the 2003 entrance exam, part of the vacancies was reserved for socially marginalized groups, among which those self-declared black and *pardo* and students from public schools.

In the same year, “Universidade Nacional de Brasília” also adopted racial quotas for its admission process. The policy was approved on 6 June 2003 by the Teaching, Research and Extension Council, becoming part of the Goals for Social, Ethnic and Racial Integration and became a law in 2004. It was thus established that 20% of total vacancies would be destined to black candidates. The law also set that vacancies would be destined for indigenous people, according to their specific demand.

Through Law 12.711, of 29 August 2011, the quota system became mandatory in all federal institutions of higher education linked to the Ministry of Education. The rule determined that at least 50% of vacancies should be reserved for students who had attended the three years of high school in public schools. In addition, in the same institutions, that minimum percentage of 50% should be filled by self-declared black, *pardo*, indigenous people and people with disabilities.

Before the approval of the quota system, Brazilian public universities were mostly attended by white students. Data released by the Brazilian Institute of Geography and Statistics in 2001 showed that only 2,2% of young black and 3,6% of young *pardo* students attended colleges and universities; data that confirmed the predominance of white people and of students from private schools.

In 2018, the number of black and *pardo* students’ enrollment in public colleges and universities in Brazil exceeded, for the first time in history, the number of white students, representing 50,3% of the total number of students in public higher education, according to data also released by the Brazilian Institute of Geography and Statistics through a survey called “Social Inequalities due to Color

or Race in Brazil”. Despite the advances, the IBGE document demonstrated that black and *pardo* were still underrepresented, since they constituted 55,8% of the population. Hence, the policies that expands and democratizes access to the public institutions of higher education still need to be maintained.³⁰

For Frei David Santos, director of “Educafro”, an institution that promotes inclusion of black and poor people in universities through scholarships:

“the quota policy was the great silent evolution implemented in Brazil, which benefits the whole society. In 17 years, the number of black people admitted to university has quadrupled; no country in the world has done this for their black people”.³¹

Joelma Rodrigues, Doctor in History and professor at “Universidade Nacional de Brasília”, also evaluates the racial quota policy in a positive way. For her:

“seeing black people inside universities taking the most diverse courses, many of those being the first member of their family to attend college, and knowing that they become examples that it is possible to be where they are and not at underpaid jobs, renews the air of citizenship”.

For Naércio de Menezes, professor at “Universidade de São Paulo”:

“studying at a public university, especially taking the most disputed courses, makes all the difference in a person’s life. The earnings of those who attend higher education in Brazil is much greater than of those who do not and unemployment rate is also lower; not to mention the entire networking process that occurs when someone studies with motivated and intelligent people (“peer effect”). In addition, young black people who are admitted to public universities generally have a greater social concern and

³⁰ See IBGE, *Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil*, in *Estudos e Pesquisas - Informação Demográfica e Socioeconômica*, n. 41, 2020. Available at https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf, access on 25.06.2020.

³¹ See EBC, *Após 15 anos, avaliação das cotas é positiva*, 11 de junho de 2018. Available at <https://campus.fac.unb.br/materias/2018-06-11-apos-15-anos-avaliacao-das-cotas-e-positiva/>, access on 25.06.2020.

can set an example for other young people in the neighborhood they were raised”.³²

Racial quotas in public educational institutions have many opponents. The figures presented, however, reveal that several ideas are mistaken, notably regarding academic achievement and dropout. In the case of “Universidade Federal de Minas Gerais”, the beneficiaries of quotas showed academic performance equal to that of the other students and, in terms of dropout; they had a much lower level.³³

Therefore, racial quotas for admission to public universities must be maintained until a situation of equity is reached. This affirmative action policy proved to be one of the most effective measures in improving access of black and *pardo* students to higher education, even more effective than the criteria of income and of having studied in public schools. The benefits resulting from the policy show the need of its permanence until the academic environment truly reflects Brazilian plurality.

Finally, concerning public service, Law 12.990, of 9 June 2014, reserves to black people 20% of vacancies offered for public contest to fill public positions and jobs from federal public administration, public offices, public foundations, public companies and public-private companies controlled by the Federal Government Submitted to STF, that Law was declared constitutional. The Supreme Court considered that the law was motivated by a duty of historical reparation resulting from slavery and structural racism existing in Brazilian society.

The aforementioned Law 12.990 passed at a time of economic crisis, in which few public contests were held. Therefore, there is no

³² See BNN, *Uma avaliação dos resultados do sistema de cotas nas universidades públicas*, 28 de fevereiro 2017. Available at <http://negronicolau.blogspot.com/2017/02/>, access on 25.06.2020.

³³ See A. KARRUZ, *Oferta, Demanda e Nota de Corte: Experimento Natural sobre Efeitos da Lei das Cotas no Acesso à Universidade Federal de Minas Gerais*, in *DADOS*, 2018, vol. 61, n. 2. Available at <http://www.scielo.br/pdf/dados/v61n2/0011-5258-dados-61-2-0405.pdf>, access on 25.06.2020.

data available on the impacts resulting from the adoption of racial quotas for admission to public service. However, similar results are expected as for those seen in universities and federal educational institutions.

It is worth noting that black people currently hold about 47% of public jobs. However, their presence is quite reduced in the highest public positions, such as for Diplomats, Auditors from the Federal Revenue Service, Legislative Consultants from the Chamber of Deputies and Senate, Federal Attorneys, Judges and Public Attorneys. For those positions, the presence of black and *pardo* does not exceed 15%. Therefore, it is expected that the impact of the Law will be positive for expanding their representation in that sector.

The pieces of data presented in this study demonstrate that the quota system for admission to public universities is a successful affirmative action, giving effectiveness to the principles of Solidarity and equality. They fix unacceptable situations of exclusion and social inequalities. As in other places in the world where that quota system was adopted, it provided more favorable conditions to fulfill the task of accelerating the process of including those who have historically been kept on the sidelines. That protection is still necessary due to enormous social gaps. What is expected in a near future, however, is that Solidarity leads to other forms of social interaction. Until that occurs, affirmative action policies must remain on the public agendas.

5. Conclusions

The increase in the number of black and *pardo* people in Brazilian universities due to racial quotas does not change the situation of social exclusion and inequality that directly affects them. Crime, imprisonment, income differences and political under-representation remain almost unchanged. In fact, indexes show that the social gap between blacks and whites is far from being reduced and that those who live close to or below the poverty line do not even dream of a higher education. However, the quota system proves that

inclusive public policies, notably affirmative action policies, have positive effects.

Concerning that, a study by Dr. Ana Karruz, published in “Revista de Ciências Sociais”, from the Political Science Department of “Universidade Federal de Minas Gerais”, proves that there was an intense expansion in access to higher education, precisely due to policies aimed at universal access to basic education. Among those policies, there are some which can be highlighted such as The Fund for Maintenance and Development of Elementary Education and Valorization of Teaching (“Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério”), which started in 1998 and was replaced in 2007 by the Fund for the Development of Basic Education and Valorization of Teaching (“Fundo de Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização do Magistério”); the Child Labor Eradication Program (“Programa de Erradicação do Trabalho Infantil”), since 1996; the *Bolsa Escola* since 2001 and *Bolsa Família* since 2003. Due to those policies, in 2011, 26.3% of Brazilians over 18 years old finished high school, against only 11% in 1996. In addition, there was also an increase in the number of black and *pardo* students attending public universities, as previously highlighted in this study.³⁴

Due to those policies, the constitutional principles of Solidarity and equality were given effectiveness. Real conditions of access to high school and higher education were created for social groups whose chances of access to that kind of education were thin. In the aforementioned cases, equality was sought in its substantial form, establishing protections to promote more equal opportunities in favor of people or groups living under unfavorable conditions.

In current times, however, there has been an intense increase in social inequalities and a new and also intense process of income inequality. As mentioned and demonstrated in this article, two

³⁴ See A. KARRUZ, *Oferta, Demanda e Nota de Corte: Experimento Natural sobre Efeitos da Lei das Cotas no Acesso à Universidade Federal de Minas Gerais*, cit., p. 410.

phenomena have occurred simultaneously in Brazil since 2014: an increase of about 10% in the income of the richest 1% of the population, and a decrease of 18% in the income of the poorest; phenomena that have occurred worldwide, as pointed out by several studies.

Luigi Ferrajoli speaks of the enormous increase of inequalities. He states that there has been an exponential growth in income inequality, on one hand, and in poverty, on the other, causing millions of deaths each year in the world due to thirst, hunger and disease. Ferrajoli affirms that such unprecedented levels of inequality are usually justified by liberal scholars, who argue that it occurs because of people's own merit and that there would be no impediment to a general increase in the levels of well-being, even in a context of inequality. Finally, that liberal school states that inequalities would be a necessary condition for economic growth since it would favor competition and technological innovation.³⁵

That bet on merit and market economy has also, and to a large extent, guided social and economic policies currently implemented in Brazil, notably in order to justify the reduction of the size and role of the state, by removing its attribution of development inducer, promoter of equality and social inclusion, dismantling the entire network of social promotion and protection for the most vulnerable people in the country.

An outrageous fact that shows the current orientation of Brazilian government involves the appointment of the presidency to "Fundação Cultural Palmares", a Foundation created in 1988 for promoting and preserving black culture in Brazil. The president appointed (by Federal Executive Branch) did not only deny the existence of structural racism in Brazil but also defended the removal of Black Awareness Day from the national calendar. He also claimed that the discourse regarding social exclusion of black population represented self-victimization. As for racial quotas, he

³⁵ See L. FERRAJOLI, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma, Laterza, 2019, pp. 90-91.

stated that they needed to end, because “besides stimulating racial fraud, they disrespect the principle of equality, generate resentment and feed racism”.³⁶

Hence, the fight against social inequalities in Brazil continues as an even greater challenge. Current government, guided by the economic canons of Chicago School, notable for being ultra-liberal, bets all its chips on reducing the size of the state. However, if meritocracy is the maximum or only explanation for the condition of prosperity of some and misery of others, or whether market economy must be entirely free even to regulate situations of inequality, then there is nothing to be expected in terms of public policies towards inclusion and combating inequalities. In that context, it’s possible that the principles of equality and Solidarity will not be granted more effectiveness. On the contrary, it’s quite likely that Brazil will have setbacks regarding those principles. A current example is criminal and criminal procedural law being made more severe, leading to mass incarceration, which points the direction in which the state is heading.

Against that liberal trend, agreeing with Lênio Streck, the validity of the thesis of a leading Constitution must be confirmed:

“once adequate to each country, especially countries like Brazil, in which the number of broken promises of modernity is extremely high”.³⁷

Therefore, a Constitution that is worth being preserved is the one “that contains the legal force capable of ensuring that core of a late and unfulfilled modernity”; a core that is embodied in the goals of the state established in article 3 of Brazilian Constitution, which includes the construction of a just and Solidarity-based society.

³⁶ See NEXO, *Fundação Palmares: a negação do racismo e o discurso de Bolsonaro*, 1.12.2019. Available at <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2019/12/01/Funda%C3%A7%C3%A3o-Palmares-a-nega%C3%A7%C3%A3o-do-racismo-e-o-discurso-de-Bolsonaro>, access on 25.06.2020.

³⁷ L. L. STRECK, *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, São Paulo, Saraiva, 2017, VII ed. rev. e ampl.

Finally, the timelessness of the principles of Solidarity and equality established in the 1988 Constitution must be emphasized. Those principles have been always and increasingly necessary. The bet on solving fundamentally collective problems only through an economic-based plan and purely individual alternatives does not seem to be an adequate choice. It is against the ontological vocation of becoming more human and against the will of our democratic, pluralist, leading, committed, and citizen Constitution.

Bibliography

ALEXY R., *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008. Trad. de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã.

AVRITZER L., *O novo constitucionalismo latino-americano*, in *O constitucionalismo latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*, Belo Horizonte, Autêntica, 2017.

BONAVIDES P., *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Malheiros, 2007, XX ed. atualizada.

BRANDÃO R., *São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida?*, in SAMENTO D., PEREIRA DE SOUZA NETO C., *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

CALLIGARIS C., *Modelo epidemiológico traz otimismo, mas país precisa romper tradição secular. A violência já reverte se os elevadores de serviço forem suprimidos*, in *FPS*, 1996.

FERRAJOLI L., *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma, Laterza, 2019.

GOMES L., *Escravidão - Volume I: Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares*, Porto Alegre, Globo Livros, 2019.

GREEN D., *From Poverty to Power: How Active Citizens and Effective States Can Change the World*, Oxford, Oxfam Publishing, 2008.

HABERMAS J., *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler.

KARRUZ A., *Oferta, Demanda e Nota de Corte: Experimento Natural sobre Efeitos da Lei das Cotas no Acesso à Universidade Federal de Minas Gerais*, in *DADOS*, 2018, vol. 61, n. 2.

MENDES G. F., *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2007.

NERI M., *A Escalada da Desigualdade*, in *FGV SOCIAL*, 2018.

SARLET I. W., *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*, in *STF*, 2008.

SARMENTO D., *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SARMENTO D., *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

STRECK L. L., *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, São Paulo, Saraiva, 2017, VII ed. rev. e ampl.

VI

O princípio constitucional da solidariedade e ações afirmativas para inclusão da pessoa com deficiência

*Luanda Freitas Tavares Costa**

Sumário: 1. Introdução – 2. Princípio da solidariedade – 2.1. Na Constituição da República Federativa do Brasil – 2.2. Na Convenção da ONU de 2006 relativa aos Direitos das pessoas com deficiência – 2.3. Ações afirmativas em defesa da pessoa com deficiência – 3. Conclusão.

1. Introdução

De acordo com o dicionário Aurélio, assim pode ser definida solidariedade:

“1. Qualidade de solidário. 2. Laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas independentes. 3. Adesão ou apoio a causa, empresa, princípio, etc., de outrem. 4. Sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, duma nação, ou da própria humanidade. 5. Relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s). 6. Sentimento de quem é solidário. 7. Dependência recíproca. 8. Jur. Vínculo jurídico entre os credores (ou entre os devedores) duma mesma obrigação, cada um deles com direito (ou compromisso) ao total da dívida, de sorte que cada credor pode exigir (ou cada devedor é obrigado a pagar) integralmente a prestação objeto daquela obrigação”.¹

* Magistrate Advisor at the Pernambuco Court of Justice (TJPE), Brazil.

¹ A. B. de H. FERREIRA, *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1999, p. 1879.

Com relação ao conceito etimológico de solidariedade, no Dicionário Online de Português esclarece tratar-se de termo de origem jurídica que, significa:

“acordo através do qual pessoas se sentem obrigadas umas em relação as outras e/ou cada uma (individualmente) em relação as demais”.²

Pelo sentido etimológico do termo solidariedade, pode-se inferir que o significado a ele atrelado gira em torno da idéia de compromisso comum, interesse mútuo, interdependência, reciprocidade, comunhão de atitudes, enfim, denota laço afetivo entre seres vivos.

Ser solidário socialmente importa, mais especificamente, ter compaixão pelo outro em situação relacionada à sua vida material, ou seja, a solidariedade social diz mais que a simples solidariedade, eis que esta se pode dar em termos estritamente particulares e individuais (por exemplo, ser solidário com alguém que perdeu um ente querido), enquanto a solidariedade social ocorre no nível de relações de caráter quase sempre público, nem sempre explícito.

Segundo Theodoro Agostinho Vicente e outros:

“Assim, pode-se dizer que a solidariedade significa de todos os homens pelas necessidades vitais básicas dos outros homens que se encontram em situação de carência, de forma que todos possam ter uma vida digna, e sua finalidade última é realizar o bem comum e a justiça social”.³

Na “Carta Encíclica *Populorum Progressio*” de Sua Santidade o Papa Paulo VI, o dever de solidariedade é considerado o mesmo, tanto para as pessoas como para os povos:

“é dever muito grave dos povos e nações desenvolvidas ajudar os que estão em vias de desenvolvimento”.⁴

Miguel Horvart Junior classifica a solidariedade social, sob quatro vertentes diferentes:

² *DICIO*, Dicionário Online de Português. Disponível em <https://www.dicio.com.br/solidariedade/>, acesso em 06.03.2020.

³ T. A. VICENTE, M. ALVES DE ALCÂNTARA, M. DULGHEROFF NOVAIS, *Advocacia Empresarial Previdenciária análise teórica e pratica sobre a (não) incidência de contribuição previdenciária*, São Paulo, LTr, 2018, p. 31.

⁴ PAULO IV, *Carta Enciclica Populorum Progressio*, 1967.

“a) De acordo com a natureza do vínculo entre as partes, a solidariedade pode ser direta (quando as partes sabem, concretamente quem participa do grupo) ou indireta (quando o vínculo se estabelece sem a manifestação da vontade das partes de forma expressa e atinge um número indeterminado de pessoas).

b) De acordo com os sujeitos envolvidos, a solidariedade deve ser interpessoal (quando se dá entre duas ou mais pessoas individualmente consideradas) ou intergruppal (quando se dá entre dois ou mais grupos).

c) De acordo com o seu fundamento ou fonte, a solidariedade pode ser ética ou moral (imposta pelos preceitos ético-morais) ou jurídica (estabelecida pela norma jurídica com aplicação compulsória).

d) De acordo com a extensão, a solidariedade pode ser total (quando engloba todos os valores das partes vinculadas) ou parcial (quando abarca apenas alguns valores concretos e determinados)”⁵

2. Princípio da solidariedade

2.1. Na Constituição da República Federativa do Brasil

No Brasil a ideia de solidariedade encontra-se expressa na Constituição Federal do Brasil de 1988.⁶ No Brasil após a Constituição Federal de 1988, atentou-se em acolher tal valor como um grande princípio, possuindo assim desde então uma base de valores e princípios de caráter democrático e social.

Sendo assim, encontra-se no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal do Brasil de 1988, o fundamento constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem por propósito fazer com que as individualidades se harmonizem com os interesses sociais da coletividade.⁷ Nesse contexto, o dever de solidariedade, que se tornou exigível.

Segundo Theodoro Vicente Agostinho:

⁵ M. HORVARTH JUNIOR, *Os direitos fundamentais e a seguridade social*, in *Revista EPD-Escola Paulista de Direito*, mar./abr. 2006, ano 2.

⁶ *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988.

⁷ A. CARDOSO, *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2010, p. 3.

“A solidariedade social prevista no inciso I do Artigo 3º da Constituição da República é um dos mecanismos impostos pelo legislador constituinte visando minimizar essa desigualdade social decorrente de fatores sociais produtivos, fazendo com que aqueles que ‘podem mais’ contribuam, mesmo que indiretamente, para a melhoria de vida daqueles que ‘podem menos’”.⁸

Neste seguimento, o princípio constitucional da solidariedade, que está consagrado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal do Brasil de 1988, surge como um instrumento para proteger, concretizar e garantir a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, no caso, especialmente da pessoa com deficiência, pois a solidariedade é, em simples palavras, colocar-se no lugar do outro e agir para que seus direitos sejam efetivados e que não sofram nenhuma espécie de discriminação.

Segundo Alenilton Cardoso:

“Sendo assim, encontra-se no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal do Brasil de 1988, o fundamento constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem por propósito fazer com que as individualidades se harmonizem com os interesses sociais da coletividade”.⁹

O dever de solidariedade tornou-se exigível.

No mesmo sentido continua:

“Na ocasião em que a Carta Magna estipula como propósito da República brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, não o faz com o objetivo de elaborar uma regra meramente formal, mas sim, e especialmente, de consolidar metas para se atingir um ponto em que todas as pessoas, sem exceção, tenham garantidos e realizados os seus direitos individuais e sociais”.¹⁰

A solidariedade social brasileira se aproxima do conceito de justiça distributiva que visa promover a redistribuição igualitária dos direitos, dos deveres, das vantagens e da riqueza aos membros que compõem a sociedade.

⁸ T. A. VICENTE, M. ALVES DE ALCÂNTARA, M. DULGHEROFF NOVAIS, *Advocacia Empresarial Previdenciária análise teórica e prática sobre a (não) incidência de contribuição previdenciária*, cit., p. 32.

⁹ A. CARDOSO, *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*, cit., p. 3.

¹⁰ *Ibidem*, p. 2.

Verifica-se a consagração expressa da dignidade da pessoa humana na Constituição em vigor, em seu artigo 1º, inciso III, e atualmente a dignidade humana integra o núcleo essencial dos princípios constitucionais, sendo considerada um supra-princípio, irradiando seus efeitos para todo o ordenamento jurídico, especialmente através do fenômeno da constitucionalização do direito. A dignidade da pessoa humana é o fim visado pela solidariedade.

Imprescindível esclarecer também que a solidariedade aqui analisada não significa “caridade”, “filantropia” ou “empatia”. A solidariedade, diferentemente dos outros termos citados, está ligada ao contexto de um princípio constitucional que serve como um veículo condutor da efetivação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Além disso, a solidariedade requer uma ação do indivíduo para que tais direitos sejam concretizados, colocando-se no lugar do outro.

Segundo Maria Celina Bodin Moraes:

“O princípio da solidariedade é um fato social, ao passo que não se pode imaginar o homem sozinho, somente se pode cogitar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social mais ou menos coeso em que a interdependência é a regra e, por conseguinte, a abertura em direção ao outro, uma necessidade”.¹¹

A solidariedade, nesse sentido, dá razão à existência do ser humano na sociedade para que uma pessoa perceba na outra um valor, segundo Alenilton Cardoso:

“Absoluto ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria, e, ainda, como resultado de uma consciência moral e de boa-fé como comportamento pragmático para evitar lesão à outrem, à si mesmo e à sociedade”.¹²

O princípio da solidariedade, responsabiliza tanto o Estado quanto os particulares nas relações privadas, determinando o

¹¹ M. C. B. MORAES, *O princípio da solidariedade*, in M. M. PEIXINHO, I. F. GUERRA, F. N. FILHO (orgs.), *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

¹² A. CARDOSO, *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*, cit., p. 91.

dever de se colocar no lugar do outro, garantindo que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana sejam efetivados e não sofram nenhuma violação e discriminação. A solidariedade não se confunde com a “empatia”, pois diferente desta, a solidariedade necessita de uma ação para que haja a garantia de todos os direitos. O princípio constitucional da solidariedade caracteriza-se pela ação de abrimos mão de um direito para concretizar outro, sendo um vetor da concretização da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, temos entendimento de Alenilton Cardoso:

“O princípio da solidariedade fazendo-se exigível tem como objetivo estabelecer que a sociedade se torne um ambiente favorável ao desenvolvimento da dignidade de cada pessoa de maneira integrada, em todas as suas dimensões”.¹³

No tocante à necessidade de superar a indiferença do homem em relação ao homem, tem-se a ideia de Alenilton Cardoso que:

“[...] todas as pessoas são em dignidade iguais, e por isso precisam encontrar na sociedade chances iguais para se desenvolverem. Para tanto, a abstração do interesse pessoal e a aplicação das justiça distributiva e social se faz necessário”.¹⁴

Edson Fachin menciona que há uma preocupação acima do valor jurídico da solidariedade, que seria a necessidade da sociedade realizar ações solidárias para colaborar com a construção de uma organização não individualista, dado que:

“[...] a preocupação do jurista não se dirige apenas ao indivíduo, mas à pessoa tomada em relação, inserida no contexto social. A pessoa humana, como bem supremo do Direito, não é um elemento abstrato, isolado, dotado de plenos poderes, com direitos absolutos e ilimitados. A coexistencialidade implica que se assegure não só o pleno desenvolvimento da pessoa individual, mas, simultaneamente, que as demais pessoas com as quais o indivíduo está em relação também possam ter esse desenvolvimento, de forma solidária. A pessoa tem o dever social de colaborar com o bem do qual também participa, ou seja, deve colaborar com a realização dos demais integrantes da comunidade”.¹⁵

¹³ *Ibidem*, pp. 102-103.

¹⁴ *Ibidem*, p. 111.

¹⁵ L. E. FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 50.

Segundo Marcelino Meleu e Laís Bandeira:

“A desigualdade, a fome e a discriminação concebidas pela globalização fazem ressurgir o sentimento de solidariedade na nação, razão pela qual o princípio constitucional da solidariedade deve impor-se, dado que nenhuma ordem jurídica consegue sobreviver sem ele”.¹⁶

No entendimento de Jorge Reis e Eliane Fontana:

“A solidariedade, ao mesmo tempo em que é caracterizada como instrumento, cabe como objetivo último para uma decisão influenciada de valores solidários, em contraponto aos conflitantes acontecimentos da sociedade contemporânea”.¹⁷

Portanto, estando arrolada na Constituição Federal, a solidariedade torna-se um princípio constitucional que estrutura o Estado. Logo, a solidariedade é o atual modelo das relações jurídicas, especialmente entre particulares, e reflete uma nova visão para o direito frente à concretização da dignidade da pessoa humana.

2.2. Na Convenção da ONU de 2006 relativa aos Direitos das pessoas com deficiência

Em 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da ONU adotou por consenso a Convenção relativa aos Direitos das pessoas com deficiência,¹⁸ cujo objetivo consiste em:

“promover, proteger e assegurar o pleno e igual gozo de todos os direitos do homem e de todas as liberdades fundamentais pelas pessoas deficientes”.

¹⁶ M. S. MELEU, L. C. BANDEIRA, *A solidariedade como base para efetivação dos direitos humanos no âmbito internacional*, in *Revista do Direito UFMS*, 2017, vol. 3, n. 1, pp. 259-274. Disponível em: <http://seer.ufms.br/index.php/revdir/article/view/4074/3303>, acesso em: 26 de fev. 2020.

¹⁷ J. R. REIS, E. FONTANA, *Princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível*, in J. R. REIS, R. G. LEAL (orgs.), *60 Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2010, p. 3324.

¹⁸ NAÇÕES UNIDAS, *Convenção relativa aos Direitos das pessoas com deficiência*, 13 de dezembro de 2006, A/RES/61/106.

O art. 2º da Convenção, inclui todas as formas de discriminação, dispondo:

“Entende-se por discriminação fundada na deficiência, que tenha por objetivo ou por efeito comprometer ou anular o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em base de igualdade com os demais, de todos os direitos do homem e de todas as liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural, civil, entre outros”.

A Convenção Relativa aos Direitos das pessoas com deficiência foi muito importante, devido ao histórico de discriminação e desumanização as pessoas com deficiência. Sendo um instrumento para mudar a visão da deficiência, reconhecendo que todas as pessoas devem ter oportunidades de alcançar de forma plena seu potencial.¹⁹

Segundo Flávia Piovesan:

“O texto apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limite a plena e efetiva participação na sociedade. A inovação está no reconhecimento explícito de que o meio ambiente econômico e social pode ser a causa ou fator de agravamento da deficiência. A própria Convenção reconhece ser a deficiência um conceito em construção, que resulta da interação de pessoas com restrições e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdade com os demais. Vale dizer, a deficiência deve ser vista como o resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo”.²⁰

Sobrevieram após a Convenção Relativa aos Direitos das Pessoas Com Deficiência da ONU, várias leis no Brasil, como a Lei nº 7853/1989, que disciplinou a proteção das pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, as medidas judiciais protetivas, a

¹⁹ NAÇÕES UNIDAS, *From Exclusion to Equality: Realizing the Rights of Persons with Disabilities Handbook for Parliamentarians*, Geneva, 2007.

²⁰ F. PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Saraiva, 2008, IX ed. rev., ampl. e atual., p. 216.

atuação do Ministério Público, e a definição dos crimes pertinentes; cuidou até mesmo de sua defesa sob o aspecto transindividual.²¹

2.3. Ações afirmativas em defesa da pessoa com deficiência

A Lei 7.853/1989 conferiu ao Ministério Público e outros co-legitimados ativos, a incumbência da defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos das pessoas portadoras de deficiência, defesa através de Ação Civil Pública.

O Ministério Público é parte nas ações que tenha uma pessoa portadora de deficiência, que se trate de limitação física ou mental.

O Estatuto dos Servidores Públicos da União, o art. 5 §2 da Lei 8.112/90 regulamentou o art. 37, VIII, da Constituição (cota se critérios de admissão nos cargos e empregos públicos).²²

A Lei nº 8.213/91 assegurou, em favor dos beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, desde que habilitadas, de 2 a 5% das vagas para trabalho nas empresas com mais de cem empregados.²³

A Lei 10.098/2000 acrescentou mais regras e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, em relação aos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, as edificações, aos transportes, aos sistemas e meios de comunicação.²⁴

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, nº 13.146/2015 determinou diversos avanços no cenário brasileiro,

²¹ BRASIL, Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

²² BRASIL, Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

²³ BRASIL, Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

²⁴ BRASIL, Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.

entre eles, pode-se citar, especialmente, a ampliação das conquistas no tocante à inclusão social destas pessoas, pois, como já visto, as pessoas com deficiência eram excluídas nas sociedades antigas, época em que se resistia veemente à sua aceitação.²⁵

Relevante mencionar a respeito dos avanços quanto à proteção e garantia dos direitos à igualdade e da não discriminação, à saúde, à educação, ao trabalho, à acessibilidade, do reconhecimento igual perante.

O objetivo da lei confere maior proteção jurídica aquele que sofrem um tipo de humilhação física ou psíquica, ou de qualquer outra natureza.

Para Hugo Mazzili:

“É preciso, pois, compreender que o verdadeiro sentido da isonomia, constitucionalmente assegurada, consistem tratar diferentemente os desiguais, buscando compensar juridicamente a desigualdade de fato e iguala-los em oportunidades. No que diz respeito as pessoas portadoras de deficiência, a aplicação do princípio consiste em assegurar-lhes pleno exercício dos direitos individuais e sociais”.²⁶

Desta forma, pode-se afirmar que o Estatuto da Pessoa com Deficiência possui como objetivo buscar uma maior importância da dignidade das pessoas com deficiência, de forma efetiva, de modo a lhes assegurar a não discriminação e a igualdade, através da vivência da solidariedade, para a concretização da sua dignidade como pessoa humana.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), em seu primeiro artigo aponta que è:

“destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.

²⁵ F. DIAS, L. R. B. COSTA, *Dignidade humana de crianças e adolescentes deficientes e o impacto da inclusão escolar como elemento multicultural*, in M. M. M. COSTA, A. V. CUSTÓDIO (orgs.), *Direito & Políticas Públicas*, Curitiba, Multideia, 2016, IX ed., p. 218.

²⁶ H. MAZILLI, *A defesa dos interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, São Paulo, Saraiva, 2008, XXI ed. rev., ampl. e atual., pp. 634-635.

A lei possui como base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 186 em 2008.

No segundo artigo, a lei traz a definição da pessoa com deficiência, sendo:

“Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Traz a lei também que, quando for necessária, a avaliação da deficiência dar-se-á de modo biopsicossocial, onde serão considerados os impedimentos de movimentação, fatores psicológicos, socioambientais, a limitação no desempenho de atividades e restrições de participação. Tais instrumentos deverão ser criados pelo Poder Executivo.

Segundo Porto e Dupont:

“A educação pode ser definida originando-se do pressuposto de que ela é um direito de personalidade, ou seja, que decorre da simples existência do ser humano. Por ser um direito amplo, também se caracteriza como direito social, podendo ser reivindicado que o Estado crie os serviços públicos para atendê-lo”.²⁷

Cabe ressaltar também, que o direito a educação consta em nossa Constituição Federal do Brasil de 1988, no artigo 205 e, no artigo 208 da mesma, pode-se encontrar o dever do Estado com a educação e, em seu inciso III, “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Além disso, o artigo 227 da Constituição Federal do Brasil de 1988, menciona que é dever da família, da sociedade e do Estado, com prioridade absoluta, assegurar os mais diversos direitos às crianças e adolescentes, além de colocá-los a salvo de toda forma de

²⁷ R. T. PORTO, F. R. DUPONT, *Royalties para educação: desafios e superação para a concretude das políticas públicas de educação e subsidiariedade*, in M. M. M. COSTA, S. S. REIS (orgs.), *Direito, Cidadania e Políticas Públicas*, Curitiba, Multideia, 2013, VIII ed., p. 153.

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Sendo assim, de forma específica, traz em seu parágrafo primeiro, inciso segundo:

“criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência caminha lado a lado com a Constituição Federal do Brasil de 1988, trazendo o direito a educação como direito fundamental e, em seu artigo 27 acrescenta que são assegurados o sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo da vida, seguindo os interesses e necessidades de aprendizagem, sendo dever do Estado, família, comunidade escolar e da sociedade como um todo asseguram a educação de qualidade para a pessoa portadora de deficiência, protegendo-a de violência, negligência de discriminação.

No presente artigo, cabe discussão acerca das garantias e proteções que são elencadas para estes estudantes portadores de deficiência, de modo que se sabe que diversas crianças e jovens encontram-se desatendidos. No artigo 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência são elencados diversos deveres do poder público para garantir o ingresso dos alunos portadores de deficiência, tanto na rede privada quanto na pública, dentre eles cabe destacar:

“Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar: [...]

II - aprimoramento dos sistemas educacionais, visando a garantir condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, por meio da oferta de serviços e de recursos de acessibilidade que eliminem as barreiras e promovam a inclusão plena;

III - projeto pedagógico que institucionalize o atendimento educacional especializado, assim como os demais serviços e adaptações razoáveis, para atender às características dos estudantes com deficiência e garantir o seu pleno acesso ao currículo em condições de igualdade, promovendo a conquista e o exercício de sua autonomia;

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

VI - pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, de materiais didáticos, de equipamentos e de recursos de tecnologia assistiva;

VII - planejamento de estudo de caso, de elaboração de plano de atendimento educacional especializado, de organização de recursos e serviços de acessibilidade e de disponibilização e usabilidade pedagógica de recursos de tecnologia assistiva;

VIII - participação dos estudantes com deficiência e de suas famílias nas diversas instâncias de atuação da comunidade escolar;

IX - adoção de medidas de apoio que favoreçam o desenvolvimento dos aspectos linguísticos, culturais, vocacionais e profissionais, levando-se em conta o talento, a criatividade, as habilidades e os interesses do estudante com deficiência;

XIII - acesso à educação superior e à educação profissional e tecnológica em igualdade de oportunidades e condições com as demais pessoas;

XVI - acessibilidade para todos os estudantes, trabalhadores da educação e demais integrantes da comunidade escolar às edificações, aos ambientes e às atividades concernentes a todas as modalidades, etapas e níveis de ensino”.

3. Conclusão

Com a intenção de proteger a pessoa humana, houve a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições, a fim de permitir a efetivação de direitos sociais e econômicos. O princípio da solidariedade passou por esse reconhecimento, tornando-se um vetor para todo o ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988 determina, na qualidade dos fundamentos da República, a concepção de uma sociedade solidária.²⁸

²⁸ J. R. REIS, E. FONTANA, *Princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível*, cit., p. 15.

Ainda, o princípio da solidariedade não se coaduna com o individualismo, tendo em vista que, referente às pessoas com deficiência, deve-se pensar no coletivo e incluí-las na sociedade, favorecendo o seu desenvolvimento e não tolerando qualquer tipo de discriminação. Tem-se ainda que o conceito de solidariedade se encontra intimamente ligado ao abdicar de uma vontade individual em nome do bem da coletividade, ou seja, deve-se igualmente superar o egoísmo, a individualidade e a indiferença no tocante às pessoas com deficiência.

Nesta perspectiva, o paradigma da solidariedade, de acordo com Alenilton Cardoso:

“leva a maioria da sociedade a acreditar que existe uma ordem de verdade, na qual cada ser humano assume a sua responsabilidade social, considerando, a par disso, a existência e a dignidade do outro”.²⁹

Conclui-se afirmando que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em conjunto com o princípio constitucional da solidariedade e a sua vivência nas relações interpessoais, é um instrumento de efetivação da dignidade das pessoas com deficiência.

O Ministério Público deve zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos e princípios constitucionais de proteção as pessoas portadoras de deficiência como o acesso a edifícios públicos e a edifício privados destinados a uso público, ou o preenchimento de empregos públicos. Por meio da ação civil pública, podem ser ajuizadas medidas judiciais relacionadas com educação, saúde, transportes, edificações, bem como para com área ocupacional ou de recursos humanos. Para tanto o Ministério dispõe, expedição de recomendação, ação civil pública, compromissos de ajustamento, audiências públicas vários instrumentos como inquérito civil.

A Deficiência reconhecida atualmente como uma condição social, faz-se necessária a produção de novas estruturas físicas e de serviços, tanto por parte do Poder Público como da iniciativa

²⁹ A. CARDOSO, *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*, cit., p. 4.

privada, que permitam ao deficiente usufruir de uma vida compatível e adequada às demandas sociais.

O acesso igualitário às condições básicas de vida digna em sociedade não poderá ser viabilizado sem as necessidades das pessoas com deficiência sejam delimitadas e supridas. Desta forma, a acessibilidade é o primeiro passo para que os demais direitos (igualdade, liberdade, educação, saúde, inserção no mercado de trabalho etc.) sejam efetivados.

“Lutar pelos direitos dos deficientes é uma forma de superar as nossas próprias deficiências” (John F. Kennedy).

Referências

BRAZZALE F., *A pessoa com deficiência e a ruptura no regime das incapacidades*, Belo Horizonte, Arraes, 2018.

CARDOSO A., *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2010.

DIAS F., COSTA L. R. B., *Dignidade humana de crianças e adolescentes deficientes e o impacto da inclusão escolar como elemento multicultural*, in COSTA M. M. M., CUSTÓDIO A. V. (orgs.), *Direito & Políticas Públicas*, Curitiba, Multideia, 2016, IX ed.

FACHIN L. E., *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

HORVARTH JUNIOR M., *Os direitos fundamentais e a seguridade social*, in *Revista EPD - Escola Paulista de Direito*, mar/abr. 2006, ano 02.

MAZILLI H., *A defesa dos interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*, São Paulo, Saraiva, 2008, XXI ed. rev., ampl. e atual.

MELEU M. S., BANDEIRA L. C., *A solidariedade como base para efetivação dos direitos humanos no âmbito internacional*, in *Revista do Direito UFMS*, 2017, vol. 3, n. 1.

MORAES M. C. B., *O princípio da solidariedade*, in PEIXINHO M. M., GUERRA I. F., FILHO F. N. (orgs.), *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

PAULO IV, *Carta Enciclica Populorum Progressio*, 1967.

PIOVESAN F., *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, Saraiva, 2008, IX ed. rev., ampl. e atual.

PORTO R. T., DUPONT F. R., *Royalties para educação: desafios e superação para a concretude das políticas públicas de educação e subsidiariedade*, in COSTA M. M. M., REIS S. S. (orgs.), *Direito, Cidadania e Políticas Públicas*, Curitiba, Multideia, 2013, VIII ed.

REIS J. R., FONTANA E., *O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível*, in REIS J. R., LEAL R. G. (orgs.), *60 Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2010.

VICENTE T. A., ALVES DE ALCÂNTARA M., DULGHEROFF NOVAIS M., *Advocacia Empresarial Previdenciária análise teórica e pratica sobre a (não) incidência de contribuição previdenciária*, São Paulo, LTr, 2018.

VII

Previdência complementar: o modelo brasileiro

*Antônio Almir do Vale Reis Júnior**

Sumário: 1. Introdução – 2. Desenvolvimento – 2.1. Previdência complementar como ferramenta de gestão de pessoas – 2.2. Planejamento para aposentadoria – 2.3. Consumismo, vilão do planejamento financeiro – 2.4. Incentivos para o planejamento financeiro de longo prazo – 2.5. Nudge na Funpresp-Exe – 2.6. Previdência associativa no Brasil – 2.7. Plano setorial da ABRAPP – 2.8. Governança, comunicação e transparência nas EFPC – 2.9. Comunicação com as partes interessadas – 2.10. A influência da teoria comportamental nas decisões dos participantes na previdência complementar – 3. Conclusão.

1. Introdução

Segundo o dicionário Michaelis, a palavra previdência vem do latim *praevidentia* e significa: “1. Qualidade do que é previdente; 2. Faculdade de prever o futuro; antevidência”. De acordo com o mesmo dicionário previdente significa: “1. Que prevê ou antevê; 2. Que se previne; precavido, previsor, prudente”.

A busca em garantir um futuro confortável, ou pelo menos digno, na velhice e ter assistência em caso de acidente ou sinistro não é novidade. No mundo ocidental, o primeiro registro de seguridade social é do final do século XIX, como parte da política estatal de Oto

* Lawyer, *Reis e Pacheco Advogados Law Firm*, Brazil.

Von Bismark na Alemanha. No Brasil, há o registro da criação da Caixa de Previdência dos funcionários do Banco do Brasil S.A.-PREVI em 1904, mas foi a partir da “Lei Eloy Chaves” (deputado federal por São Paulo) em 1923, que a base do sistema previdenciário brasileiro foi consolidada, com a criação da “Caixa de Aposentadorias e Pensões” para os empregados das empresas ferroviárias. Nesse mesmo ano, mais 27 empresas criaram suas respectivas Caixa de Aposentadorias e Pensões.

De acordo com o artigo 194 da Constituição Federal de 1988:

“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Neste trabalho focaremos nas questões relativas à previdência complementar que presta importante serviço na garantia da qualidade de vida dos trabalhadores, sobretudo num momento de incerteza do cenário econômico mundial e da ausência de priorização por parcela considerável dos governos do princípio da solidariedade. Na segunda parte do trabalho, abordaremos o tema economia comportamental e na parte final mostraremos a aplicabilidade dos conceitos de economia comportamental para o crescimento do setor de previdência complementar e alguns desafios para o setor de previdência complementar.

Há uma nova realidade no perfil da população brasileira, que combina aumento da expectativa de vida dos brasileiros e diminuição na taxa de natalidade. De acordo com projeções do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a partir de 2060 haverá mais idosos do que jovens no Brasil. Ou seja, as pessoas vão viver mais, estendendo o período de recebimento dos benefícios concedidos pelo regime aberto de previdência. Ao longo dos próximos anos, o Brasil terá uma parcela maior de idosos recebendo benefício e mais jovens entrando no mercado de trabalho, cujas contribuições para Previdência Social, feitas sob o regime de repartição, é que é para dar suporte ao pagamento dos benefícios dos aposentados e pensionistas. Some-se a esse fato, a alta taxa de desemprego e alta taxa de informalidade que pressionam ainda mais

para baixo a arrecadação do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) do Brasil.

Diante disso, há duas questões que ficam claras: a) a tendência de haver redução do valor do benefício pago pelo RGPS e b) que os brasileiros adultos irão retardar a entrada no processo de aposentadoria, permanecendo mais tempo no mercado de trabalho.

É nesse cenário de mudanças e incertezas que há grande oportunidade para o setor de Previdência Complementar se expandir. Conceitualmente, a previdência, segundo a Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (ABRAPP) é a proteção que o indivíduo adquire no presente na expectativa de garantir um futuro de qualidade. A previdência busca minimizar o impacto de quando o indivíduo parar de trabalhar. Se por acidente, problemas de saúde ou idade avançada.

A previdência complementar pode ser definida como um sistema que acumula recursos para garantir uma renda adicional no futuro. Possibilita ao beneficiário que se mantenha, na inatividade, um padrão de vida próximo (ou até melhor) ao da fase laborativa, ou, pelo menos, um padrão digno quando confrontado apenas com a aposentadoria do RGPS. De acordo com dados da ABRAPP, com a previdência complementar, em média, o trabalhador consegue manter cerca de 60% do nível de renda que possuía até o momento da aposentadoria.

De acordo com o artigo 202, da Constituição Federal do Brasil de 1988:

“O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

O arcabouço legal citado na carta magna do Brasil são as Leis complementares 108 e 109 de 29 de maio de 2001.

O Regime de Previdência Complementar (RPC) tem por finalidade proporcionar ao trabalhador uma proteção previdenciária adicional àquela oferecida pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) ou pelo Regime Próprio de Previdência Social (RPPS) –

esse último exclusivo dos servidores públicos efetivos – para os quais as contribuições dos trabalhadores são obrigatórias.

No RPC o benefício de aposentadoria será pago com base nas reservas acumuladas ao longo dos anos de contribuição, ou seja, o que o trabalhador contribui hoje formará a poupança que será utilizada no futuro para o pagamento de seu benefício. Esse sistema é conhecido como regime de capitalização.

O regime de capitalização e as mudanças na demografia brasileira e mundial podem ser ilustrados na reflexão feita pelo médico Alexandre Kalache, em entrevista à Revista Conexão:

“No passado, a vida mais curta podia ser comparada a uma corrida de 100 metros: como dava para enxergar a reta final, corria-se com todo o gás para chegar lá. Já a vida mais longa dos nossos tempos é uma maratona; exige estratégia e planejamento”.¹

O RPC é composto por dois segmentos: o fechado, operado pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC e aberto, operado pelas Entidades Abertas de Previdência Complementar – EAPC, cada qual com suas especificidades e características próprias, sendo fiscalizadas por órgãos de governo específico para cada segmento. As entidades abertas pela Superintendência de Seguros Privados – Susep e as entidades fechadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – Previc.

A tabela a seguir demonstra as principais diferenças entre as EFPC e as EAPC:

¹ L. LIMA, N. DUPRAT, *Os quatro pilares para envelhecer bem. Entrevistado Alexandre Kalache*, in *Revista Conexão Fachesf*, set. 2018, v. 24, pp. 7-11.

Entidade Fechada (fundos de pensão)	Entidade Aberta (bancos e seguradoras)
Entidade sem fins lucrativos	Entidade com fins lucrativos
Organizadas por empresas e entidades associativas na forma de fundação/sociedade civil	Organizadas por instituições financeiras e seguradoras na forma de sociedade anônima
Fiscalizadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc)	Fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)
Menores taxas de administração	Maiores taxas de administração (incidentes sobre o saldo de conta - base de cálculo do benefício)
Rentabilidade e superávit reverterem ao plano de benefícios	Rentabilidade e superávit renumeram mais os acionistas do que os participantes
Autonomia na escolha das instituições financeiras	Vinculação a uma única entidade financeira
Tábua de sobrevivência mais aderente à sua massa, de acordo com a legislação vigente.	Tábuas de sobrevivência muito agravadas, pois consideram que o participante viverá além do estimado, fazendo com que o benefício seja menor.
Governança Corporativa - Conselhos Deliberativo e Fiscal composto por participantes indicados pelo patrocinador e eleitos pelos próprios participantes	Não existe a participação do associado no processo de gestão
<i>fonte: ABRAPP</i>	

As EFPC administram planos de benefícios de caráter previdenciário para indivíduos que possuam vínculo empregatício ou associativo com empresas, órgãos públicos, sindicatos e/ou associações representativas. Já o segmento aberto oferece planos de benefícios de caráter previdenciário em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas. Os fundos de previdência complementar fechados, também conhecidos como fundos de pensão são administrados por instituições sem fins lucrativos que mantêm planos de previdência coletivos.

Para ajudar na “maratona da vida” como bem definiu o Dr. Kalache, há aspectos econômicos e comportamentais que podem melhorar a qualidade de vida dos indivíduos e da sociedade de maneira geral.

Nesse caso a economia comportamental que é definida pelo Guia de Economia Comportamental e Experimental, como uma disciplina, decorrente da incorporação, pela economia, de desenvolvimentos teóricos e descobertas empíricas no campo da psicologia, da neurociência e de outras ciências sociais.² O ponto de partida é um contraponto à abordagem econômica tradicional, apoiada no conceito do “homo economicus”, descrito como um tomador de decisão racional, ponderado, centrado no interesse pessoal e com capacidade ilimitada de processar informações. A economia tradicional considera que o mercado ou o próprio processo de evolução são capazes de solucionar erros de decisão provenientes de uma racionalidade limitada. Em contraposição a essa visão tradicional, a Economia Comportamental sugere que a realidade é diferente. Ou seja, as pessoas decidem com base em experiência pessoal, regras práticas simplificadas e hábitos. Querem rapidez no processo decisório são influenciadas por fatores emocionais e pelos comportamentos de outras pessoas e tem dificuldade em equilibrar

² F. ÁVILA, A. M. BIANCHI (orgs.), *Guia de Economia Comportamental e Experimental*, São Paulo, 2015. Disponível em <<http://www.economiacomportamental.org/guia-economia-comportamental.pdf>>, acesso em 29 fevereiro de 2020.

interesses de curto e longo prazo. Os economistas comportamentais buscam entender e modelar as decisões individuais e dos mercados a partir dessa visão alternativa a respeito das pessoas. Influências psicológicas, emocionais, conscientes e inconscientes que afetam o ser humano em suas escolhas, são tentativamente incorporadas aos modelos. Richard Thaler e Cass Sunstein, definem bem a dicotomia do ser humano no livro “Nudge – como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade”. De acordo com Thaler, quase todos os seres humanos têm problemas de autocontrole por subestimar o poder da excitação.³ Há dois tipos de pensamento: um intuitivo e automático e outro reflexivo e racional. Além disso, os problemas causados pela falta de autocontrole podem ser ilustrados pela imagem de um indivíduo com dois “eus” semiautônomos: a) o planejador, que usa no seu processo decisório o sistema reflexivo e racional e tem como exemplo o Dr. Spock do seriado “Jornada na Estrelas” e o b) míope, que decide automaticamente e com base na intuição e tem como exemplo, o personagem Homer Simpson, do desenho animado “Os Simpsons”.

O reconhecimento da limitação do ser humano em decidir corretamente fez surgir o conceito de arquitetura de escolhas que é a proposta, inicialmente lançada por economistas comportamentais, como Richard Thaler, George Loewenstein, Colin Camerer, Shlomo Benartzi e outros, além do advogado Cass Sunstein, de promover-se redesenhos dos contextos, de modo a facilitar que as pessoas tomem as decisões que desejariam tomar, embora, frequentemente, sejam vítimas de suas próprias limitações (e de contextos inadequados), o que as impede de realizar aquilo a que se propõem. No lugar de campanhas educacionais e de conscientização, ou de incentivos tradicionais, eles sugerem que as próprias limitações psicológicas sejam revertidas em estratégias eficazes para promover escolhas mais adequadas e alinhadas ao que o tomador de decisão de fato deseja. Nudges, como são chamadas as pequenas mudanças, ou

³ R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2019.

“empurrões”, que podem levar a pessoa a melhores decisões (de seu próprio ponto de vista), são o instrumento empregado para desencadear ações que permitam atingir o objetivo almejado, devendo ser de simples execução, baixo custo e com capacidade de alcançar grande escala. Essa proposta pode ser exemplificada pelas pequenas alterações no layout de formulários referentes à adesão a planos de pensão nos EUA, alocação dos recursos captados e reajuste automático das contribuições, conforme sobe o salário do funcionário. Em conjunto, estas simples medidas têm se mostrado um inegável sucesso, com aumentos expressivos em todos os seus componentes: adesão, alocação adequada e maiores benefícios quando da aposentadoria.

Thaler defende que a mudança de comportamento pretendida pode ser alcançada muitas vezes apenas com o correto desenho e aplicação de nudges. Um nudge é um aspecto da arquitetura de escolha que altera o comportamento das pessoas de uma forma previsível, sem criar proibições ou alterar os incentivos econômicos. Outro exemplo de nudge é colocar as frutas da lanchonete da escola em uma prateleira que fique no nível dos olhos dos alunos, de forma que eles comprem e comam mais frutas, é um exemplo de nudge. Por outro lado, criar uma regulamentação que encareça ou obrigue o banimento de comidas não saudáveis nas lanchonetes escolares não é.

Neste trabalho, serão abordados aspectos comportamentais do processo decisório de consumo e planejamento para aposentadoria, além da importância da comunicação e transparência das entidades de previdência complementar para manter e captar novas adesões aos seus respectivos planos de benefícios.

Merece registro que a importância da poupança individual ganha contornos especiais num cenário de crises (como a decorrente do Covid-19), onde são expostas as deficiências dos países na cooperação em áreas como saúde e assistência social, colocando em grande teste a efetivação da solidariedade.

2. Desenvolvimento

2.1. Previdência complementar como ferramenta de gestão de pessoas

De acordo com estudo da Metlife, sobre Tendências de Benefícios para Funcionários – Brasil/2011, a previdência complementar era o quinto benefício mais importante com o público alvo pesquisado, atrás do vale alimentação, assistência odontológica, seguro de vida e assistência médica, conforme gráfico a seguir.

A Metlife está entre os maiores fornecedores globais de seguros, anuidades e programas de benefícios a funcionários, com 90 milhões de clientes em mais de 60 países.

Outro dado relevante para o setor de previdência complementar presente na pesquisa Metlife sobre Tendências de Benefícios para Funcionários, é que apenas 40% dos funcionários no Brasil demonstraram que sentem ter controle em relação suas finanças, comparado com 63% em 2013.⁴ É sabido que o estresse financeiro, como viver com o dinheiro contado, sofrer para pagar as contas, não ser capaz de pagar, por exemplo, despesas inesperadas ou aposentadoria, afetam a produtividade e têm um impacto significativo na capacidade do funcionário em focar no trabalho. Aliado a esse fato no Brasil, o contexto geral não é nada animador, a taxa de desemprego ficou em aproximadamente 12% (o que representa mais de 12 milhões de brasileiros nessa situação), de acordo com dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O estudo da Metlife conclui que as empresas devem promover e buscar o bem-estar financeiro. Ter bem-estar financeiro é quando um indivíduo pode gerir com sucesso as finanças do dia a dia, se proteger contra despesas não planejadas, planejar e economizar para o futuro. Ao investir em bem-estar financeiro, os empregadores podem ajudar a sua força de trabalho a se tornar mais

⁴ METLIFE, *Estudo sobre Tendências de Benefícios para Funcionários*, Brasil, 2018.

engajada e produtiva.

A oferta de educação financeira e previdência complementar constituem-se em grandes ferramentas para atração e retenção de talentos. Ao participarem do custeio dos planos de benefícios, os empregadores demonstram sua preocupação com a força de trabalho, com a proteção dos trabalhadores cujos serviços prestados foram e são importantes para o sucesso empresarial. Além disso, contribuem com a manutenção do mercado consumidor interno e aumentam a poupança interna do país. Tem sido demonstrado que as empresas que o fazem possuem quadros de pessoal mais jovem e mais produtivo, porque seus trabalhadores não hesitam em exercer o direito à aposentadoria tão logo esse se constitui. Empregados de empresas que não patrocinam planos de benefícios de previdência complementar hesitam em requerê-la receosos de perderem qualidade de vida, fato que envelhece o quadro de pessoal e bloqueia os canais de acesso funcional na empresa.

2.2. Planejamento para aposentadoria

Segundo o médico Alexandre Kalache,⁵ devemos observar a velhice a partir de uma perspectiva de curso de vida. Não se fica velho de repente; você vai ser velho de acordo com suas escolhas que faz ao longo do tempo. Isso é o que difere duas pessoas que chegam à mesma idade com situações distintas.

O segredo da aposentadoria é quanto mais cedo você começar a se planejar melhor. Para envelhecer bem, Kalache defende 4 pilares essenciais, o primeiro deles é a saúde, que deve ser uma prioridade desde cedo. O segundo é o conhecimento, fundamental para continuar sendo um recurso ativo para a sociedade. O terceiro é o capital social, as relações afetivas. Pode ser que, no fim da vida, você precise de alguém que cuide de você. O quarto pilar para envelhecer bem é o financeiro, o que garantirá uma velhice confortável. Não há dúvida que isso é um enorme desafio pois além da profunda

⁵ L. LIMA, N. DUPRAT, *Os quatro pilares para envelhecer bem. Entrevistado Alexandre Kalache, cit.*

desigualdade social brasileira, não há disseminada no Brasil a cultura de poupar pensando no futuro.

Ao privilegiarmos o presente, desconsiderando as perspectivas de longo prazo em nossas decisões, incorremos num grave erro: desprezamos o futuro. Quando negligenciamos ou até mesmo negamos essa dimensão temporal, acabamos por penhorar o nosso amanhã, pois o consideramos algo muito distante e deixamos para pensar nele depois, iludidos pela crença infundada de nossa capacidade futura.

Onde estaremos amanhã dependerá das escolhas que fizermos hoje. O destino é o nosso futuro, a escolha é fundamentalmente nossa: ou ampliamos a nossa percepção temporal e incorporamos uma visão do futuro, planejando-o e construindo-o conforme almejamos, ou continuamos com a visão míope do aqui-e-agora e o acaso se encarregará dele.

2.3. Consumismo, vilão do planejamento financeiro

O poeta português Fernando Pessoa certa vez afirmou que “O homem prefere ser exaltado por aquilo que não é, a ser tido em menor conta por aquilo que é. É a vaidade em ação”.

O pensamento foi escrito no início do século XX, mas em pleno século XXI continua muito atual. Segundo Rangel e Fagundes,⁶ a população brasileira tem gastado menos com educação do que com itens de vestuário. Em geral, a ascensão social modifica padrões de consumo e geralmente aumenta o consumo de supérfluos (perfumes, cerveja, entre outros artigos). É o que o sociólogo polonês Zygmunt Bauman denominou sociedade do consumo. É fato que o consumo para muitos atende a outra condição humana, a necessidade de ser notado (consumismo de aparência). Busca de aprovação social. Em uma versão mais contemporânea do pensamento de F. Pessoa, o ator americano Will Smith afirmou que “muitas pessoas gastam o dinheiro que não tem, para comprar coisas que não precisam, para

⁶ S. RANGEL, L. FAGUNDES, *Os quatro tons mais escuros do consumismo*, in *Revista Fundos de Pensão*, abr. 2013, pp. 47-50.

impressionar pessoas que não gostam”.

O consumismo é inimigo da poupança e conseqüentemente do equilíbrio financeiro a longo prazo. Ao ser humano cabe o desafio de resistir à sedução consumista, assumindo o compromisso de construir uma vida sustentada em dividendos de longo prazo, mais duráveis, e de investir em mecanismos de proteção para o futuro.

A principal ferramenta para combater o consumismo é a educação financeira. A boa notícia é que partir de 2020 a educação financeira chega ao ensino infantil, fundamental e será reforçada no ensino médio do Brasil. A abordagem sobre o tema está prevista na Base Nacional Comum Curricular (BNCC). De acordo com reportagem publicada da revista Exame, no ensino agora podem ser discutidos assuntos como taxas de juros, inflação, aplicações financeiras (rentabilidade e liquidez de um investimento) e impostos. Além disso, a BNCC orienta que essa abordagem favorece um estudo interdisciplinar envolvendo as dimensões culturais, sociais, políticas e psicológicas, além da econômica, sobre as questões do consumo, trabalho e dinheiro. O investimento em educação é a chave para a mudança, assim como afirmava o educador Paulo Freire, “se a educação sozinha não transforma a sociedade, sem ela tampouco a sociedade muda”.

Sob a ótica de gestão de pessoas, segundo o estudo da Metlife, os empregados querem mais ajuda com sua segurança financeira, no sentido que esperam que o empregador ofereça ferramentas que os ajudem a tomar decisões sobre necessidades financeiras.

Segundo a Abrapp, a educação previdenciária é pilar fundamental para o desenvolvimento do sistema de previdência complementar e formação de poupança de longo prazo, que é essencial para a economia de uma nação e para a manutenção da qualidade de vida.⁷ A educação previdenciária deve ser prioridade das entidades com o foco em prover os participantes ferramentas necessárias para tomar decisões a respeito do patrimônio e da percepção de que o sonho da

⁷ ABRAPP, *Previdência Complementar*. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/Paginas/O-Sistema.aspx>, acesso em 29 fevereiro de 2020.

aposentadoria só se concretiza com planejamento e disciplina. O foco em educação deve ir além dos atuais participantes, mas também deve atingir aqueles que ainda não são participantes. É fato que uma melhor educação previdenciária e financeira impacta positivamente a sociedade e poderá disseminar o tema entre as empresas de médio e pequeno porte, órgãos de classe e sindicatos que possam vir a fazer parte de planos instituidores.

Thaler defende que além da educação, sejam utilizados nudges efetivos para incentivar o aumento da poupança, como por exemplo o programa “Poupe Mais Amanhã” (do inglês Save More Tomorrow – SMART), que é um programa que tem como base princípios psicológicos que sustentam o comportamento humano.⁸ Fatores como postergação de planos, aversão à perda, ilusão monetária de quanto se investiu e o papel poderoso da inércia do ser humano são levados em consideração. Além do programa SMART, a utilização de técnicas para tomada de decisões de **R**egistrar o funcionamento do plano de ação escolhido, **A**valiar este plano de ação e **C**omparar as alternativas de preço. Esse é o método “RACAP”, que contribui para melhorar a qualidade das escolhas indivíduo e da sociedade em geral.

2.4. Incentivos para o planejamento financeiro de longo prazo

Como foi dito pelo médico Alexandre Kalache,⁹ a vida contemporânea não pode ser mais comparada a uma corrida de 100 metros rasos e sim com uma maratona. Em uma maratona para ser bem sucedido o corredor deve treinar, planejar e executar a estratégia de forma competente. Nesse enfoque serão destacados a seguir a importância da previdência complementar fechada para vários grupos de interesse. No caso do participante, que é a pessoa física que adere ao plano de benefícios da EFPC, é importante para: a) manutenção, na aposentadoria, de padrão de renda próximo ao do

⁸ R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*, cit.

⁹ L. LIMA, N. DUPRAT, *Os quatro pilares para envelhecer bem. Entrevistado Alexandre Kalache*, cit.

período em atividade, b) formação de poupança de longo prazo, c) segurança, mesmo na ocorrência de eventos futuros adversos, como doença, invalidez, falecimento do titular e d) é possível a obtenção de empréstimos e financiamentos com taxas mais atrativas do que o mercado em geral.

Por parte das empresas patrocinadoras a previdência complementar é importante porque se constitui como: a) importante ferramenta de gestão de pessoas, b) atrai e mantém colaboradores com boa performance e c) passa sentimento de segurança ao empregado ou associado e familiares, como por exemplo, na ocasião de invalidez e morte.

E para a Sociedade, como um todo, a previdência complementar é importante porque contribui para: a) capitalização de empresas, por meio dos investimentos no mercado de ações, b) financiamento de projetos de médio e longo prazos, c) geração de empregos, d) arrecadação direta e indireta de impostos, e) manutenção do poder de compra no mercado de consumo, contribuindo para a economia, e por fim f) melhor qualidade de vida para os beneficiários e seus dependentes.

2.5. Nudge na Funpresp-Exe

A Lei federal brasileira nº 12.618, de 30 de abril de 2012, instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais. A Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo, Funpresp-Exe, foi criada em 2012, mas começou a operar efetivamente com a aprovação do Plano Executivo Federal (ExecPrev) pela Previc, em fevereiro de 2013.

A expectativa era que fosse formada uma “fila” de servidores públicos interessados em se inscrever no novo plano previdenciário dadas as vantagens, como por exemplo, de paridade contributiva e incentivo fiscal. Entretanto, por uma série de fatores, não houve a tão esperada “fila” e nos primeiros 20 meses a taxa de adesão foi de 15% dos servidores. Havia resistência por parte dos sindicatos e a descentralização das mais de 1.000 unidades de gestão de pessoas para oferecer e orientar os interessados sobre os planos beneficiários

se constituía em entrave.

A solução para a baixa adesão começou a ser resolvida com a sanção da Lei 13.183, de 5 de novembro 2015, que permitiu que o servidor público federal da administração direta, autarquias e fundações federais passasse a ser inscrito automaticamente no plano de benefícios Funpresp–Exe, tendo 90 dias para desistir.

Na publicação da Revista da Previdência, Dias, Santana e Pinheiro, afirmam que sob o ponto de vista da economia comportamental, a adesão automática, inverte a lógica de três vieses: a) o viés da inércia, resistência a mudança, mesmo quando ela é benéfica, b) viés da aversão a perda, no qual o servidor não quer mudar seu status quo, em função de medo de uma perda futura e c) o viés da procrastinação, onde as decisões são frequentemente postergadas.¹⁰

Sob a ótica da economia comportamental a adesão automática se configurou como um nudge (empurrão) para a formação de reserva previdenciária do servidor público, semelhante ao programa Poupe Mais Amanhã (do inglês SMART) descrito anteriormente neste artigo com base na experiência de Thaler e Sunstein.

A adesão automática em planos de benefícios previdenciários não é novidade no mundo. Há exemplos de sucesso em países como Estados Unidos, Reino Unido, Nova Zelândia e Itália. Nesses países, segundo Dias, Santana, Pinheiro pesquisas comportamentais tem mostrado que a redefinição do padrão de adesão voluntária (opt-in) para adesão automática (opt-out) provavelmente aumentaria drasticamente as taxas de inscrição.¹¹ Foi o que aconteceu nos planos de benefícios da Funpresp–Exe. A taxa de adesão em 2013, 2014 e 2015 (anterior à instituição da adesão automática) foi de 12%, 21% e 31% respectivamente. Em 2018, a Funpresp–Exe ultrapassou a marca de 60 mil participantes e a taxa de permanência é de 85%.

A estratégia para permanência no plano de benefícios é uma comunicação clara e eficiente com o participante. O processo de

¹⁰ C. DIAS, R. SANTANA, R. PINHEIRO, *Da fila de espera ao empurrão: a adesão automática em fundos de pensão*, in *Revista da Previdência*, dez/2019, n. 14.

¹¹ *Ibidem*.

desistência, de acordo com Dias, Santana, Pinhero, é claro e transparente e o exercício da saída não é dificultada. Entretanto, com base em princípios da economia comportamental, o participante que demonstrar interesse em desistir do plano é convidado a preencher formulário com cinco perguntas que estimulam o participante a refletir a respeito da possibilidade de perda.¹² O participante se declara ciente, por exemplo, que perderá o benefício, a contribuição do seu patrocinador, que perderá o direito a benefícios de aposentadoria por invalidez e pensão por morte previstos no plano de benefícios e que também perderá o benefício de incentivo fiscal no Imposto de Renda Pessoa Física (IRPF) que possibilita deduzir até 20,5% da sua renda bruta anual tributável. Esse questionário contribui para a permanência de 85 participantes de cada 100 que aderem de forma automática.

2.6. Previdência associativa no Brasil

A partir da segunda metade da década de 1990, a previdência complementar passou a ter maior protagonismo a fim de fortalecer a previdência social. Um exemplo disso foi a expansão do acesso da previdência complementar a um público mais amplo. Nesse ensejo, a partir da Lei complementar 109/2001, a Previdência Complementar Fechada foi ampliada aos trabalhadores vinculados a entidades representativas, como cooperativas, associações, sindicatos, órgãos de classe entre outras entidades. Essa modalidade é chamada “Previdência Associativa” que gerou planos setoriais.

2.7. Plano setorial da ABRAPP

O plano setorial oferecido pela ABRAPP é uma estrutura de Fundo Instituído Multiplanos, criado pela Associação na condição de instituidora do setor de EFPC. No modelo, cada entidade que se vincule ao Fundo Setorial passa a figurar como co-instituidora do plano, podendo ampliar a oferta de planos de benefícios a outros públicos, como por exemplo, parentes consanguíneos até 4º grau ou

¹² *Ibidem.*

por afinidade até 2º grau, como é o caso do plano RealizePrev, da Fundação Chesf de Assistência e Seguridade Social (Fachesf).

Além da Fachesf, outras EFPC aderiram ao plano setorial da ABRAPP, como por exemplo, Fundação de Previdência Complementar do Município de Curitiba (CuritibaPrev), Fundação Sanepar de Assistência Social (Fusan), do Paraná, e as Fundações Valia, Previ, Funcesp e Previnorte, que é uma entidade fechada de previdência complementar, voltada para o atendimento aos empregados da Eletrobras Eletronorte, Amazonas Distribuidora de Energia S/A, Eletrobras Amazonas, Roraima Energia e Eletroacre, além dos seus próprios empregados.

O plano setorial é mais uma oportunidade para o setor de previdência complementar fechada se expandir. Os resultados são animadores, nos primeiros meses, a Fachesf, por meio do RealizePrev, conseguiu cerca de 800 adesões ao novo plano de benefícios.

A seguir exemplos de comunicação do plano RelizePrev e do Previnorte Família com seus públicos de interesse. Com abordagem de temas como planejamento, família, saúde e realizações, utilizando a internet e redes sociais. O público alvo é atingido e novas adesões são captadas.

2.8. Governança, comunicação e transparência nas EFPC

A Resolução do Conselho de Gestão da Previdência Complementar estabelece princípios, regras e práticas de governança, gestão e controles internos a serem observados pelas entidades fechadas de previdência complementar.¹³ As EFPC como investidores relevantes e a natureza e longo prazo dos planos que administram, devem ser indutoras da mudança de comportamento, aumentando a importância das informações divulgadas sobre os riscos e as oportunidades ambientais e sociais, assim como a gestão sustentável na definição do valor das companhias. A governança

¹³ Resolução do Conselho de Gestão da Previdência Complementar - CGPC nº 13, de 01.10.2004.

corporativa é o sistema pelo qual as EFPC são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre Patrocinadores, Conselhos Deliberativo e Fiscal, Diretoria Executiva, Órgãos de Fiscalização e Controle e demais partes interessadas.

2.9. Comunicação com as partes interessadas

As EFPC possuem público de interesse bem diversificado, conforme figura a seguir:



Fonte: slide da Prof. Marcia Locachevic. Módulo Comunicação e Relacionamento com os Participantes.

Para cada público de interesse deve haver um plano de comunicação integrado à estratégia de atuação da EFPC. Assim o relacionamento com os aposentados e pensionistas é muito importante, porque se relacionar bem com esse público é essencial para manter boa imagem da entidade. Os aposentados e pensionistas são os que consolidam a entidade por estarem na fase de recebimento do benefício e são formadores de opinião. A gestão da EFPC deve realizar eventos de relacionamento e ações para interagir com esse público que é um importante aliado da entidade.

Outro exemplo é o relacionamento com o setor de Gestão de Pessoas ou Recursos Humanos – RH das patrocinadoras. Esse setor é a porta de entrada da EFPC para se comunicar com os

colaboradores da empresa patrocinadora a respeito do plano de benefício. Daí a necessidade de haver encontros periódicos de alinhamento entre a EFPC e o setor de RH.

Já no que diz respeito aos participantes o processo de comunicação da EFPC deve estar alinhado para a construção de relacionamento e aproximação. Esse bom relacionamento permite que as ações tenham sucesso. Uma boa estratégia pode ser a de aproveitar o programa de educação financeira e previdenciária e fortalecer o vínculo. De acordo com Gabriel, nesse cenário complexo, o principal desafio para os profissionais de marketing é conseguir orquestrar todo o aparato tecnológico sem perder o foco nos reais objetivos do negócio com o seu público-alvo/consumidor.¹⁴ Ou seja, os clientes das EFPC são seu público de interesse e é necessário identificar e entender necessidades deste público a fim de conquista-los e mantê-los. É fundamental a gestão do relacionamento com os clientes (Customer Relationship Management – CRM) para o sucesso da EFPC.

2.10. A influência da teoria comportamental nas decisões dos participantes na previdência complementar

A sociedade tem uma tendência natural a dar grande relevância a fatos e pouca importância a resultados e estatísticas. Esse fenômeno se evidencia de tal maneira que a principal forma de transmissão de informações continua ocorrendo por meio do relato falado e escrito e não por dados estatísticos.

Dessa forma, não é de se estranhar e guardar mais informações quando se trata de histórias que nos são relatadas do que a números que nos são apresentados.

Segundo Mosca:

“A consequência direta é que a teoria financeira comportamental convencionou-se chamar de saliência ou disponibilidade e diz respeito a

¹⁴ M. GABRIEL, *Marketing na Era Digital*, São Paulo, Novatec, 2010.

fatos que sabemos ser extremamente raros e localizados, porém amplamente divulgado e disponíveis na mídia eletrônica e escrita”.¹⁵

Um exemplo típico de saliência e impacto direto no comportamento pode ser visto por ocasião da má gestão no Instituto de Seguridade Social dos Correios e Telegráfos - POSTALIS. Temos vários planos de previdência complementar bem geridos, entretanto este fato se destaca muito mais em relação aos planos que apresentam dados consistentes e adequados.

Nossa avaliação e processo decisório para ser participante em um novo plano de previdência complementar sofre influência significativa das informações recentemente recebidas. Se tais informações forem recentes e excessivamente divulgadas, perceberemos a saliência, levando muitos novos participantes que recebem tais informações a superestimar a probabilidade de um prejuízo por má gestão em um fundo, até então raro, porém amplamente divulgado.

Outro fato que cabe destacar é simplesmente seguir o grupo, ou seja, efeito manada. Temos uma atitude inata de acompanhar os demais membros do grupo. Agir desta forma traz conforto e segurança. Destarte, se a fundação ao apresentar um novo plano ou resultados de algum exercício de forma questionável, e haver certo ceticismo por parte do público presente, muitas das decisões poderá ter acontecido em decorrência do efeito manada e não uma decisão racional e pessoal.

Uma forma de amenizar o efeito manada é criar uma forma de contato mais próxima dos empregados que permita criar vozes dissonantes do grupo, que assim diminua o risco de contaminação por alguns dos efeitos nocivos do comportamento irracional do grupo. A formação de um grupo que discuta e analise o cenário e comportamento de forma diferente ganha muita importância pois diminui a probabilidade de que a força de um grupo muito homogêneo conduza todos os participantes de determinada EFPC na direção do mesmo erro.

¹⁵ A. MOSCA, *Finanças Comportamentais, Gerencie suas emoções e alcance sucesso nos investimentos*, Rio de Janeiro, Campus, 2009.

Muitos participantes usualmente calmos, racionais e inteligentes podem ter seu padrão de decisão ditado por emoções quando verifica que seus colegas participantes decidem preponderante de determinada maneira. A economia comportamental identificou que o medo de perder uma oportunidade, tal medo de “ficar de fora”, alimenta os movimentos de manada com possível consequência negativa para a EFPC.

Um fato relevante para amenizar todos os efeitos identificados na economia comportamental que a fundação tem papel decisivo é a divulgação de informações de forma clara e transparente. A sensação de segurança do participante no momento da decisão de entrar em um plano ou alterar o perfil de investimento tem relação direta com acesso a informações que antecederam a escolha ou decisão final.

Porém, a EFPC tem que evitar prolixidade na divulgação das informações pois há um risco não desprezível de que ao apresentar um volume crescente de dados irrelevantes ou difíceis de interpretação pelo participante, o efeito pode ser oposto ao pretendido, causando muito mais desconforto e desconfiança sob qual decisão a ser tomada. Um sistema mental que já se encontra congestionado, acaba sendo alimentado com mais informações, muitas delas irrelevantes. De acordo com Mosca, soma-se a saliência e o efeito manada, o *imprinting*. O autor destaca que:

“O *imprinting* refere-se a tendência que temos de formar opiniões e julgamentos com base no que está disponível no ambiente e de nos apegarmos a tal decisão. Nossa primeiras impressões e decisões ficam impressas no cérebro”.¹⁶

Essa dinâmica mental é capaz de resultar em boas decisões, todavia, problemas surgem quando os participantes de uma EFPC passam a usar âncoras irrelevantes ou erradas, como por exemplo, garantia de atingimento das metas de investimento ou incompreensão em algum momento que o fundo apresentou déficit atuarial, levando a tomar decisões prematuras e equivocadas.

O *imprinting*, assim como a saliência e o comportamento em manada, é mais um exemplo de heurística, isto é, um atalho mental

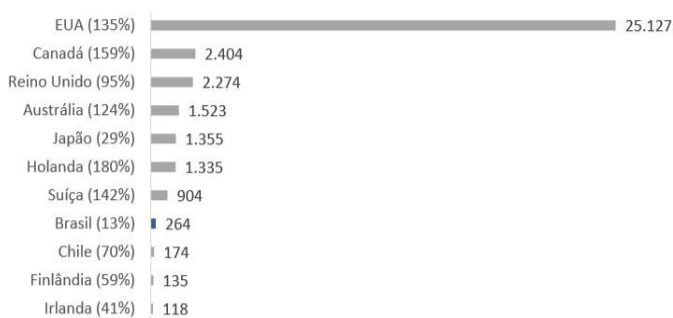
¹⁶ *Ibidem*.

ou uma regra de bolso que usamos para facilitar o processo de decisão e julgamento.

3. Conclusão

No gráfico a seguir é apresentada comparação entre o Produto Interno Bruto – PIB e o patrimônio dos fundos de pensão no Brasil e no mundo.

ATIVOS DOS FUNDOS DE PENSÃO POR PAÍSES E PIB – PRODUTO INTERNO BRUTO
(EM US\$ BILHÕES)



Fonte: OCDE, 2016 ABRAPP, 2017

Com base no gráfico apresentado percebe-se que há grande possibilidade de crescimento para o setor de previdência complementar no Brasil. Em cenários de mudanças, sempre há riscos e oportunidades. O cenário com a reforma da previdência, introduzida no ordenamento jurídico por meio da Emenda Constitucional EC 103/2019, traz grandes desafios e oportunidades para o setor, como por exemplo, o regime de previdência complementar dos estados e municípios. A possível fusão entre os órgãos reguladores das EFPC e das EAPC (Previc com a Susep) trará grandes desafios no aspecto regulatório e de governança do setor.

É inegável a importância da previdência complementar para a nação, seja para o indivíduo pela garantia de uma melhor qualidade de vida durante a velhice, seja para o país no aumento da poupança

interna.

O fortalecimento da governança corporativa no setor é uma tendência que veio para ficar e serve para dar maior credibilidade, visto que de tempos em tempos há escândalos e abertura de Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI no âmbito do setor de previdência complementar.

A comunicação das entidades de previdência complementar é uma ferramenta estratégica para manter a qualidade do relacionamento com os diversos públicos de interesse. E inclusive contribuir para o sucesso de novos planos, como por exemplo, os planos setoriais.

A educação previdenciária e financeira é fundamental para uma nação. Aliado à valorização da educação, o setor público e privado deve cada vez mais se utilizar de instrumentos de arquitetura de escolhas, como nudges, que devem dar um empurrão em direção às melhores decisões. Essa é a regra geral do paternalismo libertário, o de oferecer nudges que tenham maior probabilidade de ajudar e menor chance de prejudicar.¹⁷ O exemplo concreto de nudge no setor de previdência complementar no Brasil é a instituição da adesão automática dos servidores públicos federais na Funpresp-Exe, caso bem sucedido que contribui para a consolidação e expansão do sistema de previdência complementar dos servidores.

Segundo Thaler, quando “os mercados são mais complicados, consumidores com pouca instrução e formação são especialmente prejudicados”. Esse fato ocorre no dia-a-dia, como por exemplo, na tomada de crédito onde os mais “vulneráveis” na maioria das vezes pagam as maiores taxas e são mais prejudicados pelas “letras miúdas” dos contratos. A utilização de técnicas para tomada de decisões, como por exemplo, de RACAP (Registre, Avalie e Compare alternativas) contribuem para o bem estar social e econômico do indivíduo e da sociedade.

Para Kahneman as emoções e intuições tem igual ou maior

¹⁷ R. THALER, C. SUNSTEIN, *Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*, cit.

importância que simples análises gráficas ou numéricas. O entendimento de como funciona as duas formas de pensar (O sistema 1, que é rápido, intuitivo e emocional e o sistema 2, que é mais lento, mais deliberativo e mais lógico) pode ajudar tanto em nossas decisões pessoais e profissionais como financeiras.¹⁸

O presente artigo não esgotou e nem tinha a pretensão de esgotar todas as possibilidades do assunto em questão, porém trouxe aspectos relevantes a respeito do tema previdência complementar e economia comportamental. Deixa a contribuição para que o tema seja difundido, e, quem sabe, ampliado com o objetivo de contribuir com o desenvolvimento do setor de previdência complementar no Brasil.

Referências

ÁVILA F., BIANCHI A. M. (orgs.), *Guia de Economia Comportamental e Experimental*, São Paulo, 2015.

DIAS C., SANTANA R., PINHEIRO R., *Da fila de espera ao empurrão: a adesão automática em fundos de pensão*, in *Revista da Previdência*, dez/2019, n. 14.

GABRIEL M., *Marketing na Era Digital*, São Paulo, Novatec, 2010.

KAHNEMAN D., *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2012.

LIMA L., DUPRAT N., *Os quatro pilares para envelhecer bem. Entrevistado Alexandre Kalache*, in *Revista Conexão Fachesf*, set. 2018, v. 24.

MOSCA A., *Finanças Comportamentais, Gerencie suas emoções e alcance sucesso nos investimentos*, Rio de Janeiro, Campus, 2009.

RANGEL S., FAGUNDES L., *Os quatro tons mais escuros do*

¹⁸ D. KAHNEMAN, *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2012.

consumismo, in *Revista Fundos de Pensão*, abr. 2013.

THALER R., SUNSTEIN C., *Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2019.

VIII

The principle of Solidarity and its application in the welfare benefits granted to the port workers and in the continued benefit payments of the organic social assistance law

*Lisiane Guerin da Rocha**

Summary: 1. Introduction – 2. The principle of Solidarity and the assistance benefits – 3. The singularities between social security and social assistance – 4. The creation of benefits without constitutional determination – 5. Age criterion that better attends the constitutional and assistance principles of isonomy – 6. Final considerations.

1. Introduction

The present work aims to analyze the application of the principle of Solidarity in the norms that regulate welfare benefits in an unequal way, in addition to discussing the legislative conflict in the creation of laws that impose limitation of rights.

It is noticeable that the Continued Benefit Payments (BPC), regulated by the Law 8.742/93 of the Organic Law of Social Assistance (LOAS) grants the benefit to the disabled or elderly over 65 years of age, and that prove they have no means of providing for their subsistence or having it provided by their family, being in a situation of true poverty, with the criterion of granting the benefit with income of $\frac{1}{4}$ of minimum wage per capita. On the other hand, it compares with the assistance benefit granted to the elderly over 60

* Lawyer, *Guerin Law Firm*, Brazil.

years of age, who are unable to provide for their subsistence, and were a loose port worker, as provided by Law 9.718/98 and Law No. 12.815, of 2013.

The conflict of rules in question violates the principle of Solidarity and equality fixed in the Federal Constitution and also violates the purpose for which assistance benefits were created, that is to protect the social vulnerability of individuals.

Beyond the reflection contemplated in the principle of Solidarity, which determines that the contributions made by the insured people also reach the most vulnerable through assistance benefits, this way seeks to reflect why there is a barrier in the Continued Benefit Payments, fixed in LOAS.

To this end, in the first chapter we briefly discuss the principle of Solidarity applied to social assistance, while the second chapter brings the main distinctions between social assistance and social security, as well as summarizing the guiding principles of evaluation and granting benefits (and their real purpose).

The third and fourth chapters deal with discussing the fact that infra-constitutional laws cause limitations of rights, which are not contemplated by the Federal Constitution and continue to be fully applicable in the legal world, with criteria that are not isonomic and generate social injustice.

In the last chapters, a reflection is brought about the assistance benefit of the port worker, a benefit that is not included in Law 8.742/93 LOAS, comparing it to the Continued Benefit Payments, and evoking its applicability in the age range of 60 years for the granting of both benefits.

Demonstrating that the fundamental principles, the true fundamentals of protection to the existential minimum, born with the Federal Constitution, motivators of the assistance benefits, are more effective, concretizing their true finality.

It provokes reflection as to the reason that leads to the definition of the age of 65 years for the granting of a benefit, regulated with divergent infra-constitutional limitations, treating people of the same socially vulnerable situation with inequality.

2. The principle of Solidarity and the assistance benefits

It is important to emphasize that the principle of Solidarity cannot be confused with philanthropy, constituting a principle of a social character.

The Federal Constitution, based on its social and democratic ideals, established, in its article 3, Solidarity as an objective of the Federative Republic of Brazil, with the intention of ending any indication of authoritarianism, or discrimination that could compromise the functioning of the Democratic State Law. So, Solidarity ceased being mere moral value, dependent on the exercise of the ethics of each one. With the birth of the Federal Constitution in 1988, it became part of the legal system.

The principle of Solidarity is not addressed only by art. 3 of the Constitution. Throughout our *Magna Carta*, we note that it is involved by several devices, such as the Social Rights guideline.

It is imperative to mention that this principle is directly linked to several fundamental rights, including the mission of integrating the legitimacy of democracy. However, this article seeks to reflect on the principle of Solidarity applied to the social assistance system, as is discussed.

The principle of Solidarity when we are dealing with social security, consists of the premise that the whole society contributes in some way to social security, regardless of whether it will benefit you or not, or if you will use all the services available.

The principle of Solidarity is defined by Kertzman:

“It can be defined as the spirit that must guide social security so that there is not necessarily parity between contributions and insurance payments. Through it, it is intended, not the protection of isolated individuals, but of the entire community”.¹

However, the services provided are granted according to the needs of each individual. This principle becomes clearer when we

¹ I. KERTZMAN, *Curso Prático de Direito Previdenciário*, Salvador, Juspodivm, 2016, XIV ed., p. 55.

analyze the benefits of social assistance, considering that these benefits are destined exclusively to the most needy population, without conditions to maintain themselves with dignity as foreseen in our Federal Constitution.

When it comes to social security, which is a system that requires the direct or indirect contribution of the insured to grant future benefits, Solidarity manifests itself differently. In this context, the principle of Solidarity is found in the costing of benefits, not only for current insureds, but for those who already need their services, today's policyholder pays for today's retirement granted to others.

The presence of Solidarity in social security can be verified when several people contribute to ensure benefits for other people in the group who need it. Social risks are distributed equally to all people in the group, so if a person is affected by any of the social risks, such as incapacity for work or death, all others continue to contribute to the coverage of the needy benefit.

It is observed, therefore, how remarkable Solidarity and its applicability are in social security in general, and especially for assistance benefits.

In this line, it is evident that the support of social assistance, comes from the same means that maintain social security and health, since art. 204 of the Federal Constitution establishes that the actions proposed by the government directed to social assistance, will be realized with resources from the budget of the social security, provided for in art. 195 of the same legal diploma.

It is necessary to reiterate that the principle of Solidarity is directly linked to the social security funding sources, as taught by Santos:

“The financing of social security is the responsibility of the entire community, in the form of art. 195 of the Federal Constitution. It is the application of the principle of Solidarity, which imposes a contribution on all social sectors - public authorities, companies and workers. Social

protection is everyone's job because social inequality bothers society as a whole".²

After discussing the principle of Solidarity, we will seek to argue that considering the purpose of this principle and the way in which it occurs in the social security system, it must be properly valued when creating rules for granting assistance benefits. Thus, the granting of benefits with demanding criteria that generate inequality between a group of risk with an identical situation should be prohibited.

3. The singularities between social security and social assistance

Social security and social assistance are different legal institutions, which are part of the Brazilian social security system, along with health care.

When we think about social security, a cold analysis of the term can already lead us to its meaning. Social security comes from the term *provident*, that is, it demands social security planning, contribution planning for the system to fund benefits, following the principle of Solidarity.

All benefits granted by social security presuppose a previous contribution from the insured, except for cases of dependents who may also receive benefits such as, for example, the death pension. However, in general, social security is leveraged by its character of contributions from different sources of funding. Thus, Soares teaches very well:

"Social security has a totally different logic from health and social assistance. Both health and social assistance do not depend on a direct contribution so that the individual can enjoy them; social security, on the other hand, has a contributory character, that is, only those who directly contribute to social security as insured persons, or are characterized as their

² M. F. DOS SANTOS, *Direito Previdenciário Esquematizado*, São Paulo, Saraiva, 2012, II ed., p. 41.

dependents, can enjoy its benefits. Therefore, the first characteristic of social security is the contributory”.³

The Law 8.213/91, which disposes about the social security benefit plan, contains in its article 1 the definition of the purpose of social security:

“Social security, through contribution, aims to ensure its beneficiaries indispensable means of maintenance, due to incapacity, involuntary unemployment, old age, length of service, family charges and imprisonment or death of those on whom they depended economically”.⁴

In this sense, the federal autarchy, National Institute of Social Security (INSS), has the duty, to assure the applicant the concession of the best benefit, aiming to resolve the situation of vulnerability that the insured is exposed.

One of the fundamentals that govern social security is Solidarity, in this way the preserved dignity of the human person, protected by the system is not only a task of the state, but of everyone. The social security system brings with it the intention of guaranteeing the insured (dealing with social security) and those who are not insured and are unable to provide their lives due to disability or age over 65 (protected by social assistance), an existential minimum. Bittencourt teaches:

“It seems clear that the minimum to be verified in cases of social security benefits is different from what should be planted in cases of welfare benefits. This fundamental existential minimum must definitely be guaranteed, but the interpreter must often go further. As an example, the verification of effectiveness of dignity in cases of retirement due to disability, after the verification of the impossibility of re-adaptation for the activity that guarantees subsistence, is different from that to be observed in the benefits of assistance to people with disabilities [...]”.⁵

³ J. M. SOARES, *Aposentadoria da Pessoa com deficiência*, Curitiba, Juruá, 2016, IV ed., p. 35.

⁴ BRASIL. Lei 8.213, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm, access on 20.02.2020.

⁵ A. L. M. BITTENCOURT, *Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência*, Curitiba, Alteridade, 2019, III ed., p. 36.

In addition, it should be noted that social security is not limited to the general social security regime, it has a contributory nature and is mandatory to those who work, unlike social assistance.

In this area Ibrahim teaches:

“Brazilian social security comprehends basic (compulsory) and complementary (optional) regimes. The basic regimes are the General Social Security Regime and the Own Social Security Regimes. The INSS only deals with the RGPS”.⁶

Given this, when we enter into the characteristics of social assistance, it can be said that it is much more sensitive to the social issues of individuals than social security, since its benefits are definitely aimed at helping the helpless, those who are in a social situation of vulnerability, to the point of not being able to live in a minimally dignified manner, a fundamental principle ensured by article 1, item III of the Federal Constitution.

“The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of States and Municipalities and the Federal District, constitutes a Democratic State of Law and has as its fundamentals: I - sovereignty; II - citizenship; III - the dignity of the human person”.⁷

The welfare benefits supported by the Organic Law of social assistance are based on constitutional precepts, the Constitution being expressed to guarantee protection to those who need it. Thus, teaches Bittencourt:

“The interpretation of the constitutional expression already demonstrates the high degree of social vulnerability of the recipients of assistance benefits, since any person who needs assistance should receive this special protection from the State, regardless of having contributed to the social protection system”.⁸

Its foundation is based on the fact that all people must provide mutual assistance. Solidarity is one of the most important principles that guides social assistance, and the characteristic of collective

⁶ F. Z. IBRAHIM, *Curso de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro, Impetus, 2015, XX ed., p. 253.

⁷ *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

⁸ A. L. M. BITTENCOURT, *Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência*, cit., p. 36.

protection is strong. As provided in article 4 of Law 8.742/93, the principles of social assistance are:

“Social assistance is governed by the following principles: I - supremacy of attending social needs over the requirements of economic profitability; II - universalization of social rights, in order to make the recipient of assistance action reachable by other public policies; III - respect for the dignity of the citizen, his autonomy and his right to quality benefits and services, as well as family and community coexistence, prohibiting any vexing evidence of need; IV - equal rights in access to care, without discrimination of any kind, ensuring equivalence to urban and rural populations; V - wide dissemination of benefits, services, programs and assistance projects, as well as the resources offered by the Government and the criteria for their concession”.⁹

In addition to its own principles listed in the Organic Law, social assistance is guided by constitutional principles, such as: Solidarity, equality, legality and dignity of the human person, citizenship, freedom, respect for the fundamental rights of the human person.

In general, social security comes to support social risks such as disability due to illness, old age, death, unemployment, however it only covers those who are part of the contribution system, that is, as long as the worker is able to perform his labor duties, is part of the social security system. In this sense, when you are no longer able to continue your working life, or in the event of death, social security will assist you, granting benefits to your policyholders or dependents. Social assistance aims to maintain the basic needs of individuals without any distinction, considering only the criteria of disability or age over 65 years, cumulatively with proof of extreme poverty, according to article 2(e) of LOAS.

In other words, assistance should serve those who need it to meet their basic needs, but what would those needs be, Bittencourt explains:

“There is, in fact, no way to work on the term “basic needs” within a limited, hermetically closed, objective view, since the basic need of each

⁹ BRASIL. Lei 8.742, de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm, access on 25.02.2020.

person changes due to the multiplicity of real situations that present themselves in people's lives, whether in due to the place (geographical space) in which they live, either due to the cultural issue that surrounds them, the degree of disability, in short, due to the contingencies of life".¹⁰

The big difference between social security and social assistance is found in its coverage scope, with social security for a select group that pays contributions and maintains the quality of an insured person so that he can claim any benefit, and on the other hand, the assistance that provides support to the most needy, who are helpless, in a situation of real vulnerability.

It should be noted that social assistance has the objective of assisting everyone who needs it without distinctions, the Law 8.742/1993 does not have any impediment to this granting of foreign benefits, based on the assumption that the Federal Constitution determines equality between foreigners and nationals, it is admitted that the benefit of continued provision is granted to foreigners, respecting the fundamental constitutional principle of human dignity.

4. The creation of benefits without constitutional determination

Sometimes, our legislators create incongruous laws and the rules turn out to be contradictory to each other. Thus, it is up to scholars to carry out the hermeneutic analysis in order, in the light of the purpose of the rule, to determine its applicability and guarantee its effectiveness.

Along this path, we find in the scope of social assistance situations that are not consistent with the factual reality, and thus generate inequalities, hurting the constitutional principle of isonomy, as in the case in question in which two similar benefits of assistance character are discussed with concession criteria by different age.

¹⁰ A. L. M. BITTENCOURT, *Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência*, cit., p. 32.

The Continued Benefit Payments (BPC) instituted by the Organic Law for social assistance, has constitutional determination of art. 203, item V, of the Federal Constitution, *ex VI*:

“Social assistance will be provided to those who need it, regardless of contribution to Social Security, and its objectives are: I - protection for the family, motherhood, childhood, adolescence and old age; II - support for needy children and adolescents; III - promoting integration into the labor market; IV - the qualification and rehabilitation of people with disabilities and the promotion of their integration into community life; V - the guarantee of a minimum monthly wage for the disabled person and the elderly who prove that they do not have the means to provide for their own maintenance or to have it provided by their family, as provided by law”.

As can be seen in item V, the Constitution establishes the guarantee of a minimum wage for people with disabilities and the elderly, both of whom cannot provide for themselves. This benefit came to be regulated by law as already provided for in the constitution.

It turns out that Law 8.742/93 LOAS established the age criterion of 65 years of age for granting this benefit. However, the Magna Carta, when mentioning only “elderly person”, which legally observes the elderly person’s status, this is the person aged 60 years or over, although in the same CODEX distinction is made for benefits for the age of 60 and 65 years old.

Law 10.741, of 2003, in its article 1, defines as follows:

“The Elderly Statute is instituted, aimed at regulating the rights guaranteed to people aged 60 years or over”.

The Federal Constitution, as can be seen from the text above, did not establish a restriction on age, only using the expression “elderly” as a reference. That is, to grant the benefit it would be enough for the person to qualify as an elderly person. The Elderly Statute establishes as an objective requirement the age of 60 years or more.

In addition, the inconsistencies in the case under discussion are not limited to the creation of restrictive rights laws, but also inconsistencies in the creation of laws that allow unequal treatment to similar people. The Law 9.719/98 provides in its art. 10-A, a social assistance benefit for port workers, see:

“In accordance with the regulation, a monthly assistance benefit of up to 1 (one) minimum wage is guaranteed to individual port workers, over 60 (sixty) years of age, who do not meet the requirements for the acquisition of the retirement modalities provided for in arts. 42, 48, 52 and 57 of Law No. 8.213, of July 24th, 1991, and who do not have the means to provide for their livelihood”.¹¹

Law 9.719/98, provides for general rules and conditions for the protection of port work, however, it creates a new assistance benefit similar to the BPC described above, not being part of the Organic Law on Social Assistance, nor having a constitutional provision for its creation.

This law regulates a benefit similar to the BPC but directed at the port worker and recommends the age of 60 years or more to grant it.

Law 95/98, which provides for the drafting, redaction, amendment, and consolidation of laws, and establishes rules for the consolidation of normative acts, and teaches in Article 7, item IV:

“The first article of the text will indicate the object of the law and the respective scope, observing the following principles: I - except for codifications, each law will deal with a single object; II - the law will not contain any matter foreign to its object or to it not bound by affinity, pertinence or connection; III - the scope of application of the law will be established as specifically as the technical or scientific knowledge of the respective area allows; IV - the same subject cannot be disciplined by more than one law, except when the subsequent one is intended to complement the basic law, being linked to it by express reference”.¹²

As seen, the same subject cannot be disciplined by more than one law except when the latter serves to complement the former.

¹¹ BRASIL. Lei 9.719, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9719.htm, access on 24.02.2020.

¹² BRASIL. Lei 95, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm, access on 24.02.2020.

In this case, Law 9.719/98 is subsequent to Law 8.742/93, and although it does not regulate identical benefits, both regulate an assistance benefit for the elderly.

The legislative error is latent in this case, contrary to what establishes art. 7 of Law 95/98, the benefit granted to the port worker should be inserted in the text of the Organic Law on Social Assistance.

The jurisprudence has also been discussing the subject, analyzing the lack of constitutional provision for the benefit:

“Note that, in view of the specific arguments made on appeal grounds, that article 10-A, of Law 9.718/98, is not applicable in this case, because the author was not a loose port worker. In addition, the constitutionality of said legal provision is doubtful, since it creates a special category not provided for in the Federal Constitution for granting benefits assistance, whose clear intention is to replace an unmet retirement, also offending the principle of equality. What is extracted is that the device under review aims to ensure a non-contributory benefit for port workers who were unable to achieve retirement by RGPS”.¹³

As seen in the precedent, Flávia da Silva Xavier mentions that the legal provision that grants the assistance benefit to the port is of doubtful constitutionality, however, it has normally been granted to port workers who fulfill the requirements provided for in Law 9.719/98 and subsequently ratified by Law 12.815/03, which contains the requirements for granting the benefit:

“To qualify for the assistance benefit, the interested party must prove to the INSS - National Institute of Social Security: I - age of sixty years or more; II - individual average monthly income below the value of a monthly minimum wage, calculated based on the simple arithmetic average of the last twelve months prior to the application, including the income from the thirteenth salary, if any; III - domicile in Brazil; IV - fifteen years, at least,

¹³ TERCEIRA TURMA RECURSAL DO PARANÁ, *Processo 5022917-71.2013.4.04.7000*, relatora FLÁVIA DA SILVA XAVIER, julgado em 16/10/2014. Available at: https://eproc.jfpr.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=701413901966205241020000004508&evento=5027&key=ee6ce9962575a11a5ecb8f3e273579cd23efe090836ace7641a0264907e5831c&hash=6203aa7432e53408efd35e03aaa1590c, access on 27.02.2020.

of active registration or registration as an independent port worker; V - attendance, at least, to eighty percent of calls made by the respective labor management body; and VI - attendance, at least, to eighty percent of the work shifts to which he was scheduled in the period".¹⁴

In this case, it is a task to the law operators to reflect and bring to the judiciary the inconsistencies found in the various Brazilian laws, this being just one example.

However, in the next chapter we will try to reflect on the principles applied to social security and its best use, comparing the two benefits mentioned here and how the jurisprudence of the courts has been manifesting.

5. Age criterion that better attends the constitutional and assistance principles of isonomy

Law 12.815/13 brought a differentiated treatment to port workers to the legal system, which were standardized by specific regulations, which include singular criteria for granting assistance benefits.

The mentioned legal provision changed Law 9.719/1998, establishing the receipt of an assistance benefit for port workers. As stipulated in art. 10-A of the aforementioned law, which is seen as an important advance in the social aspect, of the benefits of an assistance nature.

The benefit in question seeks to ensure a minimum income for port workers, especially considering the seasonality of cargo in some ports, thus ensuring their livelihood. Such benefit is also granted to those who do not reach the requirements of the General Social Security Regime for retirement.

¹⁴ BRASIL. Portaria Interministerial MDS/SEP/MPS/MP/MF n. 1 de 01.08.2014. Dispõe sobre a concessão e manutenção do benefício assistencial devido aos trabalhadores portuários avulsos de que trata o art. 73 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, o art. 45 do Decreto n. 8.033, de 27 de julho de 2013. Available at: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Port-intermin-mds-sep-mps-1-2014.htm>., access on 24.02.2020.

It is important to emphasize that the norm that instituted the assistance benefit to port workers came to regulate the guarantee of a minimum income that is provided for in Convention 137 in item 2 of article 2 of the International Labor Organization (ILO) signed by Brazil in Geneva on June 27th, 1973, and ratified on July 31st, 1995, by Decree no. 1.574, *in verbis*:

“In any case, a minimum of periods of employment or a minimum of income must be guaranteed to port workers, the extent and nature of which will depend on the economic and social situation of the country or port in question”.¹⁵

In view of this, its farsighted the similarity between the assistance benefit granted to the portuary and the BPC granted according to Law n° 8.742/93 LOAS.

Above all, the greatest differentiation, besides the port worker itself and which draws attention in the legal world, is the age that each law disciplines and qualifies as elderly for the purpose of granting the benefit, whereas in the LOAS BPC, the applicant must have 65 years, while in the portuaries assistance benefit the applicant must be 60 years old.

The differentiated treatment granted to port workers raises a great discussion, in the sense that not only port operators would be entitled to this benefit, but echoing the constitutional principles of isonomy, the 60-years-old criterion used in this benefit should be extended for other categories of workers, out of respect for the principle of isonomy brought by the Federal Constitution, which prohibits unequal treatment between people.

Also, the principle of equality contained in Article 194, item II of the Federal Constitution must also be considered:

“Social security comprises an integrated set of initiative actions by the public authorities and society, aimed at ensuring the rights related to health, social security and social assistance. It is the responsibility of the public authorities, according to Law, to organize social security, based on the

¹⁵ BRASIL, *Convenção 137 da Organização Internacional Do Trabalho*, 1973. Available at: <https://www.diap.org.br/images/stories/OIT/convencao137.pdf>, access on 25.02.2020.

following objectives: [...] II – uniformity and equivalence of benefits and services to urban and rural populations”.

About the principles discussed above, Mello teaches that:

“The law should not be a source of privileges or persecutions, but a regulatory instrument of social life that needs to treat all citizens equally. This is the political-ideological content absorbed by the principle of isonomy and legalized by constitutional texts in general or assimilated by current normative systems”.¹⁶

The principle of isonomy that should guide the creation of national laws is classified into formal and material isonomy. Being considered formal that equality before the current law and the law that will be edited. Material equality, on the other hand, is a real, true, concrete equality, that is something complete, which protects the cultural, emotional, religious peculiarities of each being; in other words, material equality is the concrete formal equality used in the Real plane.

The social security law, as stated, has several inequalities in what concerns its rules, however, the inequalities are justified only when it was to make material isonomy effective, consecrating the principle of equality.

As seen above, it is concluded that the age requirement for granting assistance to the port should be extended to the alleged recipients of the Continued Benefit Payments, so that the current situation of inequality and injustice is not admitted, in line with the principle of isonomy.

6. Final considerations

This article sought to analyze and bring reflection, without exhausting the theme, on the application of the principle of Solidarity in the benefits of an assistance nature and the inequalities contained in the legal system.

¹⁶ C. A. B. DE MELLO, *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, Saraiva, 2008, III ed., p. 14.

We have demonstrated the existence of two welfare benefits that have contradictory age requirements, causing damage to the social rights of the most needy due to the inconsistency in the system of requirements for granting benefits and the violation of the principle of Solidarity and equality, both enshrined in the Federal Constitution.

The principle of Solidarity guides the sources of funding for social security as a whole, so it is understood that when it comes to benefits arising from the same system – social assistance – these must receive the same treatment, and it is not what that occurs in the Continued Benefit Payments (BPC), which has made access difficult by the age criterion, when compared to the assistance benefit granted to the port worker.

In front of the legislative inequality recognized here, which violates the constitutional principle of Solidarity among many others, it will be up to scholars to assess the issues of factual reality to improve the use of legal provisions, which today are in latent contradiction. The criterion for granting assistance benefits cannot contain limits that creates difficulties in granting benefits.

In this way, the Organic Law for social assistance contradicts the Federal Constitution itself, triggering a notable inequality of treatment among the most needy.

In this sense, it is clear that the Continued Benefit Payments (BPC), regulated by Law 8.742/93 (LOAS), must be analyzed and granted taking into account the criteria for granting assistance to the port. It is reiterated that the parameter for granting assistance benefits, since the Federal Constitution did not determine any age-based limitation, referring only to the term “elderly”. Thus, there is a reflection for the application of the age group of 60 years or more, depending on the port worker, in the Continued Benefit Payments governed by the Organic Law of Social Assistance.

In this way, avoiding the conflict of norms existing today, harming the lives of citizens, violating the principle of Solidarity, equality and the dignity of the human person, disregarding the greater intention to create the welfare benefits of social security,

which is the protection of social rights of the individual in a vulnerable situation.

Bibliography

BITTENCOURT A. L. M., *Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência*, Curitiba, Alteridade, 2019, III ed.

IBRAHIM F. Z., *Curso de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro, Impetus, 2015, XX ed.

KERTZMAN I., *Curso Prático de Direito Previdenciário*, Salvador, Juspodivm, 2016, XIV ed.

MELLO C. A. B., *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, São Paulo, Saraiva, 2008, III ed.

SANTOS M. F., *Direito Previdenciário Esquematizad*, São Paulo, Saraiva, 2012, II ed.

SOARES J. M., *Aposentadoria da Pessoa com deficiência*, Curitiba, Juruá, 2016, IV ed.

IX

Direito ao voto do estrangeiro residente como importante ferramenta para concretização do princípio da solidariedade

*Helena Schymiczek Larangeira de Almeida**

Sumário: 1. Introdução – 2. Vinculação do direito ao voto à nacionalidade: necessidade de flexibilização do termo “cidadania” – 3. Direito ao voto do estrangeiro como pressuposto da efetiva manifestação da vontade popular – 4. Concessão do direito de sufrágio ao estrangeiro residente como importante ferramenta de concretização do princípio da solidariedade – 5. Considerações finais.

1. Introdução

Analisando-se a evolução da sociedade democrática desde os seus primórdios, a qual teve seus primeiros indícios na Grécia e Roma Antigas e, mais tarde, sua retomada na Idade Moderna, até os dias atuais, verifica-se a evolução que sofreu o termo cidadania. Não propriamente o termo, mas a sua abrangência.

Desprende-se do desenvolvimento de parte do Capítulo 2 do presente trabalho, as conquistas que já houveram no sentido de aquisição da cidadania, como prerrogativa de participar dos rumos da vida política do Estado. Grupos sociais tradicionalmente excluídos, como as mulheres, os escravos, analfabetos, “não-

* Lawyer, *Helena Larangeira Law Firm*, Brazil.

proprietários”, foram ao longo da evolução do Estado Democrático de Direito conquistando direitos políticos.

Ocorre que, no que tange a direitos políticos, há ainda hoje um grupo social importante que permanece excluído, o qual seja o dos estrangeiros.

Denota-se ao analisar inúmeros fatores, os quais serão desenvolvidos ao longo do trabalho, como, por exemplo, a globalização e as suas consequências – flexibilização da atuação soberana dos Estados, flexibilização das fronteiras estatais, fluxo migratório, miscigenação de culturas, entre outros – que a conquista do direito de sufrágio pelo estrangeiro residente é um passo importante a ser dado.

2. Vinculação do direito ao voto à nacionalidade: necessidade de flexibilização do termo “cidadania”

O conceito de cidadania é uma construção histórica. Apesar de ser inerente à ideia de cidadania a participação do povo na construção política do Estado e desde a antiguidade, quando então surgiram seus primeiros indícios, ser assim entendida, uma parcela ínfima da população possuía essa prerrogativa de participação.

Os conservadores restringem a cidadania ao conceito de nação, sendo cidadãos tão somente os nacionais de determinado País.

“A cidadania é vista como relação de filiação, de sangue, entre os membros de uma Nação. Esta visão nacionalista exclui os imigrantes e os estrangeiros residentes no país dos benefícios da cidadania”.¹

José Afonso da Silva define o nacional da seguinte forma:

“O território do Estado, pois, é ocupado por uma população, que se submete à ordenação jurídico-política respectiva. Essa população compõe-se de pessoas nascidas no território ocupado e de pessoas que para ele imigram. Poder-se-ia dizer que os nascidos no território provêm da mesma origem, têm a mesma língua, os mesmos costumes e tradições de seus antepassados, formando uma comunidade base sócio-cultural que denominamos nação. São os nacionais. Os outros não são nacionais, são

¹ L. VIEIRA, *Cidadania e globalização*, Rio de Janeiro, Record, 1997, p. 31.

estrangeiros”.²

O conceito de nacionalidade, dessa forma se interpreta do trecho supracitado, é o vínculo existente entre a pessoa e o território nacional, em razão do nascimento ou da naturalização.

Os Estados têm ampla liberdade para dizer quais são os seus nacionais, sendo os fundamentos relativos à aquisição da nacionalidade matéria constitucional.

“Os modos de aquisição da nacionalidade variam de Estado para Estado, mas, em qualquer deles, é involuntária a aquisição de nacionalidade primária (também dita de origem ou originária), e decorre da ligação do fato natural do nascimento com um critério estabelecido pelo Estado, enquanto é voluntária a aquisição de nacionalidade secundária (também dita, impropriamente, adquirida)”.³

Existem dois os critérios à determinação da nacionalidade primária. O primeiro critério é o da origem sanguínea, também conhecido como *ius sanguinis*, pelo qual se confere a nacionalidade em função do vínculo de sangue, reputando-se nacionais os descendentes de nacionais; e, o segundo critério é o da origem territorial, também denominado *ius solis*, pelo qual se atribui a nacionalidade a quem nasce no território do Estado de que se trata.⁴

A grande maioria dos países determina uma estreita ligação entre nacionalidade e cidadania. Por exclusão, os estrangeiros não costumam adquirir direitos políticos.

Nacionalidade é um vínculo jurídico e político que une uma pessoa a um Estado, porém não apenas isso, também contém um componente de identidade cultural, histórica, familiar, afetiva e interior dos indivíduos.⁵ Cidadania, por outro lado, é a capacidade para exercer direitos políticos, dentre eles, os direitos de votar e de ser votado.⁶ Logo, apesar de relacionarem-se os termos, não são

² J. A. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2013, XXXVI ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 71, 29.11.2012), p. 321.

³ *Ibidem*, p. 323.

⁴ *Ibidem*.

⁵ A. MORAES, *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos*, São Paulo, Atlas, 2013, p. 80.

⁶ *Ibidem*, p. 87.

idênticos ou sinônimos.

Ademais, há que se comentar quanto à origem do desse “vínculo indissociável” existente entre a nacionalidade e a cidadania. O termo nacionalidade, que nos remete à nação, surgiu nas movimentações da Revolução Francesa, a qual tinha cunho nacionalista. Procurava-se fortalecer a ideia de nação, a consciência nacional, conforme trecho da obra de Bonamigo:

“A Declaração Francesa, não obstante a influência de Rousseau, consagra o princípio da soberania nacional, que é inteiramente transferida para a Assembleia. E os direitos de cidadania, sendo de cunho nacionalista, seriam exercidos somente pelos nacionais ou naturalizados e não pelos estrangeiros residentes no país. Contrariamente, a teoria da soberania popular atribui o exercício do poder soberano a todos os residentes no país, e não apenas aos cidadãos nacionais”.⁷

Ocorre que a conotação utilizada da expressão nação pela Revolução Francesa é um tanto distorcida:

“Com efeito, surgido no século XVIII com a pretensão de ser a expressão do povo como unidade homogênea, o termo nação adquiriu grande prestígio durante a Revolução Francesa, sendo utilizado para externar tudo quanto se referisse ao povo. Assim, por exemplo, é que se falava em governo da nação ou soberania nacional. E foi por esse meio que se introduziu na terminologia jurídica o termo nacionalidade, indicando membro de uma nação, mas tomando esta com o sentido de Estado”.⁸

Nação, na verdade, diz respeito à identidade entre indivíduos de uma determinada população. O que define uma nação é a soma de vínculos como a raça, a religião, a língua, a história, a tradição.

A miscigenação decorrente da migração – consequência da globalização – faz do modelo de Estado-nação, fundado em uma identidade coletiva cultural homogênea, um conceito ultrapassado.

O termo nação, nem seu derivado – nacionalidade – são adequados para qualificar uma situação jurídica, indicando, tão-só, a pertinência a uma comunidade histórico-cultural, não sendo

⁷ R. I. H. BONAMIGO, *Cidadania: considerações e possibilidades*, Porto Alegre, Dacasa, 2000, p. 31.

⁸ D. DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2009, XXVIII ed., pp. 95-96.

correto o uso da expressão nação com o sentido de povo – conjunto de cidadãos.⁹ Motivo pelo qual, o pressuposto nacionalidade como essencial à cidadania deve ser vencido.

“Recentes concepções mais democráticas procuram dissociar completamente a cidadania da nacionalidade. A cidadania teria, assim, uma dimensão puramente jurídica e política, afastando-se da dimensão cultural existente em cada nacionalidade. [...] Por esta concepção, seria possível pertencer a uma comunidade política e ter participação independentemente da questão da nacionalidade”.¹⁰

Outra concepção que sofreu consideráveis mudanças, e que deve ser mencionada, é aquela referente à cidadania. O conceito de cidadania originou-se na República Antiga (Grécia e Roma Antigas) e desde então é concebido como a participação do povo na construção política do Estado. No entanto, houve modificação considerável do direito à participação.

Assim, importa mencionar aqui que já houve uma evolução considerável no que concerne à atribuição da cidadania a pessoas historicamente excluídas (os escravos, as mulheres, os jovens e analfabetos), bem como a evolução que ainda deve ocorrer (os estrangeiros).

Liszt Vieira alerta que:

“uma sociedade democrática não cessa de trabalhar suas divisões e diferenças internas, e está sempre aberta à ampliação dos direitos existentes e à criação de novos direitos”.¹¹

Neste sentido, já houve inúmeras conquistas no que tange à aquisição e gozo de direitos pelos estrangeiros.

Pode-se entender como um próximo passo a ser dado no sentido ao desenvolvimento: a concessão dos direitos políticos.

Novamente far-se-á aqui o uso das palavras de Liszt Vieira, em que este expressa que deve ser superada:

“a visão liberal do modelo do cidadão patriota proposto para toda a sociedade, como se ela fosse homogênea e unidimensional. A cidadania, em decorrência, implicaria a ligação necessária entre a democracia,

⁹ *Ibidem*, p. 96.

¹⁰ L. VIEIRA, *Cidadania e globalização*, cit., pp. 31-32.

¹¹ *Ibidem*, p. 40.

sociedade pluralista, educação política e democratização dos meios de comunicação de massa”.¹²

Há cada vez maior inclinação no sentido de atribuir-se ao estrangeiro o direito de votar:

“A cidadania clássica, baseada na nacionalidade, sempre exclui os não-cidadãos dos direitos da cidadania, constituindo fator de desigualdade em relação a estrangeiros. Na democracia contemporânea, não é mais possível negar aos estrangeiros os direitos de plena cidadania, mantendo a discriminação de que tradicionalmente são vítimas. Assim como a cidadania foi historicamente entendida aos não-proprietários, aos trabalhadores, às mulheres, aos jovens, não há razão para negar hoje sua extensão aos estrangeiros residentes no país, e até mesmo sua extensão à natureza e ao meio ambiente, conforme proposta instigante de alguns autores”.¹³

É preciso ter-se em mente que a cidadania fundada na nacionalidade cria obstáculo à realização da igualdade de todos os indivíduos. Igualdade esta defendida arduamente pela sociedade democrática. Como documento precursor teve a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e sua difusão – internacional – deu-se, mais tarde, através da edição da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948). Assim, o princípio da igualdade possui *status* de direito fundamental e, como tal, deve ser garantido pelos Estados de Direito.

Vale aqui um comentário acerca da igualdade em direitos e deveres. O Estado que recebe os estrangeiros não os exime de uma série de deveres a que estão submetidos seus cidadãos, como, por exemplo, pagamento de impostos, aos residentes. Daí constata-se um possível desequilíbrio quanto à distribuição de direitos e deveres.

Eis um dos motivos pelos quais alguns observadores da integração europeia vieram a formular a tese de uma “nova cidadania”. Também a construção de instituições supranacionais na Europa e a presença de imigrantes constituindo uma população estrangeira definitiva aspirando a ser cidadão deram impulso à

¹² *Ibidem*, pp. 41-42.

¹³ L. VIEIRA, *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*, Rio de Janeiro, Record, 2001, p. 240.

proposição de uma nova cidadania.¹⁴

Em razão disso, parece mais que razoável utilizar a residência como fundamento da cidadania e não mais a nacionalidade.

“O próprio termo ‘cidadão’, com sua conotação política, estaria hoje sofrendo processo de esvaziamento. A dessacralização da nacionalidade, na concepção da ‘nova cidadania’, levaria a substituir o conceito fluido de cidadão por ‘contribuinte’ ou ‘usuário’. O laço jurídico e político que liga o indivíduo ao Estado seria substituído por um conjunto de valores e práticas socioeconômicos, regulados pelas instituições europeias supranacionais. A sociedade, na condição de comunidade histórica e política, seria substituída por uma noção econômica de uma organização de produção e redistribuição de riquezas. O contrato de natureza política seria substituído pela participação na vida econômica e social comum”.¹⁵

Dissociar a nacionalidade da cidadania significa dizer que qualquer pessoa que reside em determinado Estado, com intuito de fixar-se, pode tornar-se cidadão. O que implicaria na realização do princípio da igualdade e do direito à cidadania – que são direitos fundamentais e humanos – ambos positivados na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948).

É de se ressaltar a importância da participação do indivíduo na formação da vontade do poder estatal – exercício da cidadania.

Como consequência das revoluções Francesa e Americana, surgiu o Constitucionalismo. Este fenômeno tem por objetivo a coordenação de direitos, deveres e limites da atuação do poder estatal. Junto ao constitucionalismo nasceu o Estado de Direito. Este tem esta denominação porque a administração do Estado fica subordinada às regras de Direito.¹⁶

Dentre os direitos e deveres enumerados nas Constituições dos Estados, encontram-se aqueles referentes à cidadania. Esta vem a ser, modernamente, um conjunto de direitos e deveres que possibilita a participação de um indivíduo na unidade social a que pertence em razão da nacionalidade (vínculo jurídico-político do indivíduo com o Estado). Não é todo nacional um cidadão. Cidadão é o nacional na

¹⁴ *Ibidem*, pp. 240-241.

¹⁵ *Ibidem*, p. 239.

¹⁶ J. A. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 114.

fruição de seus direitos políticos.

Hoje, cidadania e direitos fundamentais se confundem. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento nuclear da civilização contemporânea, expressa a conexão entre cidadania e a dignidade da pessoa humana.¹⁷ O direito à cidadania é elevado, neste momento histórico, ao patamar de direito fundamental.

A Declaração enumera os direitos humanos fundamentais dentre os quais se encontram os direitos do cidadão, conforme artigo 21:

“1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos. 2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país. 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”.

Estabelece, ainda, no Prêambulo, o dever do Estado de Direito de protegê-los:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...] Considerando essencial que os direitos humanos sejam protegidos pelo Estado de Direito, para que o homem não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão (...)”.

Dessa forma, a cidadania é tida como direito fundamental do ser humano e, como tal, deve ser garantida pelos Estados de Direito.

Modernamente, encontram-se entre os direitos do cidadão os direitos de votar e ser votado.

3. Direito ao voto do estrangeiro como pressuposto da efetiva manifestação da vontade popular

Democracia tem sua origem etimológica no grego, em que *demos* significa *povo* e *cratos* significa *poder*, logo, “poder do povo”.¹⁸ O exercício do poder político pelo povo é característica do governo

¹⁷ R. I. H. BONAMIGO, *Cidadania: considerações e possibilidades*, cit., pp. 74-75.

¹⁸ *Ibidem*, p. 38.

democrático. Uma das principais formas de manifestação da soberania popular se dá através do exercício do direito de sufrágio: o voto.

Nas palavras de Bonavides:

“Embora restrito, o sufrágio inaugura a participação dos governados, sua presença oficial no poder mediante o sistema representativo, elegendo representantes que intervirão na elaboração das leis e que exprimirão pela primeira vez na sociedade moderna uma vontade pública nova e distinta da vontade dos reis absolutos”.¹⁹

O sufrágio tem por objetivo colocar o povo à frente do governo do Estado através do instituto da representação. Rousseau entende por governo:

“um corpo intermediário estabelecido entre os súditos e o soberano, para permitir a mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como pública”.²⁰

Ainda, descreve o mesmo autor a democracia como aquela forma de governo em que:

“o soberano pode, em primeiro lugar, confiar o governo a todo o povo ou à maior parte do povo, de sorte que haja mais simples cidadãos magistrados que simples cidadãos particulares”.²¹

Silva descreve:

“Democracia indireta, chamada democracia representativa, é aquela na qual o povo, fonte primária do poder, não podendo dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais, outorga as funções de governo aos seus representantes, que elege periodicamente”.²²

As técnicas para a concretização do sistema representativo variam de acordo com a evolução histórica, predominando, hoje, as técnicas eleitorais.

O direito de sufrágio na maior parte dos países pertence ao cidadão. Este, por sua vez, como outrora exposto, vem a ser, basicamente, o nacional – indivíduo vinculado ao território estatal

¹⁹ P. BONAVIDES, *Ciência política*, São Paulo, Malheiros, 2010, XVII ed., p. 79.

²⁰ J. J. ROUSSEAU, *Contrato social: princípios do direito político*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, III ed., p. 72 (Trad. A. De Padua Danesi).

²¹ *Ibidem*, p. 81.

²² J. A. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 138.

por nascimento ou naturalização – qualificado pelo pleno gozo dos direitos políticos.

Os direitos políticos, no pensamento de Silva, têm como núcleo fundamental o direito eleitoral de votar e ser votado.²³ São um conjunto de normas legais que tem por objetivo regulamentar as técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais.

Conclui-se que através do exercício do direito de sufrágio – o voto – o povo, como legitimador do poder, bem como formador da vontade geral, participa da atividade estatal, tomando as rédeas do governo e buscando a realização do bem comum. O poder de influir sobre os destinos políticos do Estado constitui verdadeira manifestação da soberania popular.

Ocorre que, os estrangeiros estão excluídos deste direito de influir sobre os destinos políticos do Estado, o que não mais se justifica após o fenômeno da globalização.

A globalização é um fenômeno multidisciplinar que está associado a processos econômicos – como a circulação de capitais, a ampliação dos mercados ou a integração produtiva em escala mundial – e a fenômenos da esfera social – como a criação e expansão de instituições supranacionais, a universalização de padrões culturais e o equacionamento de questões concernentes à totalidade do planeta (meio ambiente, desarmamento nuclear, crescimento populacional, direitos humanos, etc.).²⁴

Dessa forma, o fenômeno da globalização é “multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo”.²⁵

O processo de internacionalização da economia foi o que deslançou a globalização, ininterrupta desde a Segunda Guerra Mundial.

²³ *Ibidem*, p. 349.

²⁴ L. VIEIRA, *Cidadania e globalização*, cit., pp. 72-73.

²⁵ S. GUERRA, *Curso de direito internacional público*, São Paulo, Saraiva, 2013, VII ed., p. 444.

“Por internacionalização da economia mundial entende-se um crescimento do comércio e do investimento internacional mais rápido do que o da produção conjunto dos países, ampliando as bases internacionais do capitalismo (incorporação de mais áreas e nações) e unindo progressivamente o conjunto do mundo num circuito único de reprodução das condições humanas de existência”.²⁶

Assim, no que diz respeito ao aspecto econômico, este fenômeno traz a expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Este processo de amplas proporções envolve nações e nacionalidade, regimes políticos e projetos nacionais, grupos e classes sociais, economias e sociedades, culturas e civilizações. Há a consolidação de uma forma de relacionar-se entre a sociedade, o Estado e os agentes econômicos. Cria uma verdadeira interdependência entre os Estados, dando, segundo Guerra, ensejo à “destruição das fronteiras físicas traçadas no nível jurídico-político pelo imperativo de uma ordem econômica nova que tornou transnacional o fluxo internacional de capitais”.²⁷

Além do fluxo internacional de capitais, há, em razão da globalização, o fluxo internacional de pessoas. A migração é consequência da crescente interdependência entre os Estados, que é, por sua vez, causada pela expansão econômica a nível mundial:

“O progresso de meios de comunicação (internet, telefonia celular), a redução de custos de transporte (especialmente do transporte aéreo), a expansão das atividades das corporações transnacionais, a gradual redução dos obstáculos (tarifas e medidas não tarifárias, taxas de exportação, subsídios), facilitando a intensificação do fluxo de bens, serviços e de capital entre as economias nacionais, todos esses fatores contribuíram para a intensificação dos movimentos populacionais internacionais”.²⁸

A migração, somada ao avanço das tecnologias de comunicação, que disseminam informações a nível mundial em um *click*, cria uma sociedade cada vez mais pluralista ou multicultural, na qual há uma grande diversidade de grupos étnicos, de estilos de vida, de visões

²⁶ L. VIEIRA, *Cidadania e globalização*, cit., pp. 76-77.

²⁷ S. GUERRA, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 445.

²⁸ J. BRZOZOWSKI, *Migração internacional e desenvolvimento econômico*, in *Estudos avançados*, 2012, vol. 26, n. 75, pp. 137-156.

de mundo e de religiões, que se desenvolvem simultaneamente nos planos *infra* estatal e *supra* estatal.²⁹

Percebe-se, assim, que o conceito de Estado-nação como forma dominante de identidade coletiva fundada na homogeneidade cultural encontra-se ultrapassado. Não significa que a identidade nacional tenha se perdido, apenas significa que a identidade nacional “se tornou mais um entre as tantas identidades que os povos hoje constroem. Isto quer dizer que a identificação com a nação pode ser mais forte ou mais fraca; mas, ao mesmo tempo, significa também que outras identidades, por exemplo gênero, étnica, classe social, de raça ou de preferência sexual, que não estão enraizadas no apenas a um território particular, podem ser altamente significativas (Krause & Reinwick, 1996)”.³⁰

O valor da nação é fruto da Revolução Francesa, a qual consubstanciava todo poder na nação.³¹ Nação, conforme outrora trabalhado, é uma identidade formada entre indivíduos pela soma de vínculos como a raça, a religião, a história, a língua, a tradição. Hoje, no entanto, essa ideia encontra-se enfraquecida em razão da miscigenação dos povos. O multiculturalismo toma conta dos países, tornando cada vez mais maleável as fronteiras culturais e físicas delineadas nos primórdios da sociedade.

Outro fator decorrente da globalização, bem como limitador do poder dos Estados, são os direitos humanos. Hoje, há uma internacionalização da proteção dos direitos humanos através de edição de leis pela comunidade internacional.³²

Vale lembrar, que a constituição do sistema internacional de Estados se deu pela chamada ordem de Westfália. Esta consolidou quatro princípios normativos centrais: a territorialidade, a soberania, a autonomia e a legalidade.³³ No que tange à soberania,

²⁹ L. VIEIRA, *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*, cit., p. 99.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ P. BONAVIDES, *Ciência política*, cit., p. 93.

³² L. VIEIRA, *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*, cit., p. 222.

³³ *Ibidem*, p. 95.

“basicamente conferia a cada estado o direito de exercer sua soberania sobre territórios e populações, inexistindo uma autoridade mundial superior. Na segunda metade do século XX, desenvolveu-se uma série de instituições intergovernamentais de caráter global ou regional (ONU, União Europeia etc.), mas essas instâncias internacionais – embora possam ser consideradas embriões de autoridades mundiais – não têm poder real que vá além daquele outorgado pelos diferentes estados”.³⁴

O sistema internacional de proteção dos direitos do homem ganhou relevância com a partir do ano de 1945, com a proclamação da Carta da ONU, a qual estabeleceu “o respeito universal e efetivo aos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”.³⁵

Ganhou, no entanto, força com a posterior edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1948, a qual descreve o significado de direitos humanos e impõe a obrigatoriedade de sua proteção pelos Estados.

A obrigatoriedade imposta aos Estados em proteger os direitos humanos é um fator que implica a flexibilização da soberania. Isto, porque se manifesta a relativização da soberania – enquanto “poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar as competências” (conceito político) ou “como poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas” (conceito jurídico)³⁶ – com a possibilidade de responsabilização dos membros de um governo nacional por violações de direitos humanos,³⁷ ou seja, há algo que se sobrepõe à soberania estatal – no caso, os direitos humanos – e que uma vez desrespeitado ensejará na aplicação de uma penalidade.

Esta será, pode-se dizer, “imposta” por força internacional (em geral, as punições são realizadas por meio de rompimento de relações econômicas).

A universalização dos Direitos Humanos e a solidariedade internacional dos movimentos sociais são novas necessidades de

³⁴ L. VIEIRA, *Cidadania e globalização*, cit., p. 85.

³⁵ S. GUERRA, *Curso de direito internacional público*, cit., p. 467.

³⁶ D. DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, cit., p. 80.

³⁷ L. VIEIRA, *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*, cit., p. 222.

desenvolvimento e suscitam cooperação e regulamentação mundial, fazendo parte do processo de globalização.³⁸ Portanto, tendem a crescer e tornar cada vez mais frágil a soberania dos Estados neste sentido.

A soma dos três fatores acima comentados – interdependência gerada pela economia, pela migração e pela internacionalização direitos humanos – deixa claro o quanto a globalização vem exigindo a eliminação de fronteiras geográficas nacionais. O Estado liberal democrático encontra-se cercado por forças *supra* nacionais, intergovernamentais e transnacionais, ficando incapaz de determinar seu próprio destino. Nesse sentido, descreve muito bem Liszt Vieira, segue trecho da obra:

“A dinâmica das relações, processos e estruturas que constituem a globalização reduz ou anula os espaços de soberania, inclusive para as nações desenvolvidas de Primeiro Mundo. As fronteiras nacionais adquirem nova significação, refletindo um quadro mais amplo onde aspectos classicamente característicos do Estado-Nação são radicalmente transformados. As condições e possibilidades de soberania e projeto nacional passaram a estar determinadas por instâncias supranacionais, por exigências de instituições e corporações multilaterais, transnacionais ou propriamente mundiais, o que traz mudanças substantivas na sociedade nacional, transformada em província global”.³⁹

As mudanças acarretadas pelo processo de globalização – tecnológicas, políticas, geopolíticas, microeconômicas, macroeconômicas e ideológicas – debilitaram a capacidade dos governos nacionais de controlar e regular seus assuntos internos. A intensidade dos fluxos transnacionais do comércio, da tecnologia, do capital, da cultura e da informação, principalmente, atravessam com facilidade as fronteiras nacionais.

Conclui-se daí, que este processo de transformações em que se constitui a globalização trouxe consigo a desestabilização das identidades territoriais tradicionais, que eram baseadas na contiguidade, homogeneidade e limites claramente identificáveis,

³⁸ L. VIEIRA, *Cidadania e globalização*, cit., p. 104.

³⁹ *Ibidem*, p. 109.

física e socialmente. Gerou uma multiplicidade de novas identidades e solidariedades coletivas subnacionais e supranacionais.⁴⁰ Alterando, assim, consideravelmente, a atuação soberana dos Estados, bem como as fronteiras físicas, sociais e culturais que o abrangem.

Dentro do cenário da globalização, com o intenso fluxo migratório entre as fronteiras dos Estados, integrar minimamente o estrangeiro no que tange à política do local em que vivem é uma medida aconselhável.

Existe mais de uma forma de se admitir o voto ao estrangeiro. Uma delas, sob condições de reciprocidade e de permanência por um determinado número de anos, “por ser membro de um conjunto de países (caso da *Commonwealth* ou decorrente de acordos bilaterais entre Dinamarca, Suécia, Islândia e Noruega); ou por ser membro de uma integração política regional (caso da União Europeia, que permite votar e ser votado a seus cidadãos)”.⁴¹

Outra forma é aquela na qual se admite a todos os estrangeiros que residem de modo contínuo no país por determinado período de tempo, média de três a cinco anos, com exceção da previsão de até dez anos de alguns países (como Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Países Baixos, entre outros cantões suíços).

Por fim, há países que reconhecem esse direito sem condição distinta “devendo o estrangeiro apenas cumprir os requisitos impostos aos nacionais, como ter residência na circunscrição e estar inscrito (Irlanda), ou por ser membro de uma integração política regional (caso da União Europeia)”.⁴²

A União Europeia estabeleceu, desde 1994, que os cidadãos residentes em Estado-Membro distinto de sua nacionalidade podem exercer o direito de voto e de elegibilidade nas eleições municipais.

Entre os países que acolhem o voto do estrangeiro sob condições de reciprocidade e tempo de residência “há os que admitem, após a

⁴⁰ L. VIEIRA, *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*, cit., p. 99.

⁴¹ SENADO FEDERAL, *Proposta de Emenda Constitucional n° 25/2012*.

⁴² *Ibidem*.

residência de cinco anos, como são os acordos celebrados pela Espanha com o Equador, Nova-Zelândia, Colômbia, Chile, Paraguai, Islândia, Bolívia e Cabo-verde”.⁴³

Portugal possibilita o direito ao voto aos nacionais de Estados lusófonos com residência no país pelo prazo mínimo de dois anos e aos demais estrangeiros com prazo não inferior a três anos. Brasil, Cabo-Verde, Argentina, Chile, Islândia, Noruega, Peru, Uruguai e Venezuela são os Estados que se beneficiam do regime português.

Justifica-se conceder o direito ao voto aos estrangeiros residentes, porque, apesar de, historicamente, os ideais da Revolução Francesa restringirem a comunidade política dos Estados aos “cidadãos” e à “nação”, essas noções vêm sofrendo alterações, principalmente em razão do “acirramento da globalização verificado nas últimas décadas, o qual se caracteriza pelo intenso fluxo transnacional de pessoas, ideias e valores”.⁴⁴

Nota-se aí a mitigação das fronteiras físicas estatais.

Diante dessa nova realidade, o migrante, muitas vezes, acaba por não conseguir exercer seus direitos políticos em seu Estado de origem, bem como não possui o direito de participar da vida política no Estado em que escolheu viver. Ocorre que o Estado que recebe os estrangeiros não os isenta do cumprimento de uma série de deveres a que estão sujeitos seus cidadãos, a exemplo do pagamento de impostos.

Nas últimas quatro décadas, mais de trinta Estados democráticos adotaram leis que permitem o estrangeiro residente votar ao menos em eleições locais. Ainda dispõe que “não há como negar que os estrangeiros, como regra, contribuem efetivamente para o crescimento e desenvolvimento das localidades onde residem, seja econômica seja culturalmente”.⁴⁵

Considerando o fluxo migratório contemporâneo, há que se considerar a opinião, a vontade, o bem estar dos estrangeiros. Uma das formas de se obter a opinião é considerando a vontade do

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ *Ibidem.*

estrangeiro como parte da vontade geral e atribuindo-lhe o direito de sufrágio.

Dessa forma, tem-se que conceder o direito ao voto ao estrangeiro residente se tornou real pressuposto da efetiva manifestação da vontade popular.

4. Concessão do direito de sufrágio ao estrangeiro residente como importante ferramenta de concretização do princípio da solidariedade

Globalização, conforme exposto no capítulo anterior, como processo de transformações culminou na desestabilização das identidades territoriais tradicionais – que eram baseadas na contiguidade, homogeneidade e limites claramente identificáveis, física e socialmente – e criou uma multiplicidade de novas identidades e solidariedades coletivas subnacionais e supranacionais.

“Em um momento em que todos os Estados europeus se proclamam democracias, parece difícil justificar a exclusão de milhões de imigrantes que passam muitos anos vivendo no país, respeitando suas leis e pagando seus impostos, mas a resistência se entende porque o voto é o instrumento de maior poder para que as pessoas possam influenciar nas decisões que afetam toda a sociedade e porque a separação dos estrangeiros constitui um tabu muito difícil de ser superado”.⁴⁶

Assim, começa-se a discorrer sobre o tema incidindo sobre a principal justificativa para a não atribuição do direito de sufrágio ao estrangeiro o qual seja, ao final das contas, a vinculação entre a cidadania e a nacionalidade.

Aqui, novamente incide aquele entendimento de que a nação implicaria na identidade entre os indivíduos – tanto étnica quanto ideológica (língua, tradições, costumes, religião) – e por esta concepção, como consequência:

⁴⁶ E. AJA, D. MOYA, *El derecho de sufragio de los extranjeros residentes. La inmigración en la encrucijada*, in *Anuario de la inmigración en España*, 2008, pp. 64-81 (Trad. nossa).

“no plano político, se entende que somente os nacionais de cada Estado querem o bem comum e estão em condições de formular as opções para alcançá-lo. Se da por suposto que os estrangeiros, justamente por pertencerem a outra nação, têm interesses distintos e como tal são uma ameaça potencial, ou ao menos desconhecem as necessidades da nação em que residem e não sabem interpretar suas prioridades”.⁴⁷

Conforme anteriormente trabalhado, esta concepção nação encontra-se ultrapassada em razão da miscigenação ocasionada pelo fenômeno da globalização. Hoje se vive uma realidade pluralista, na qual se procura respeitar a:

“pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais, de classes, grupos sociais, econômicos, culturais e ideológicos”.⁴⁸

Ademais, o pluralismo aponta para uma realidade humanista de fundo igualitário, na qual se busca a superação dos conflitos, e, assim, “fundamenta a integração social, que evita antagonismos irreduzíveis que destroem o princípio pluralista”.⁴⁹

A palavra “estrangeiro” designa tão somente que o indivíduo não possui vínculo com o país *a priori* (de forma nata). Ocorre que, se este escolhe este país para fixar seu domicílio, seja em razão de trabalho, pelo casamento, em razão da família ou, simplesmente, porque prefere este ao seu país de origem, não há justificativa hoje, considerando elementos como o fenômeno da globalização e suas consequências: a relativização das fronteiras estatais, bem como a atuação soberana dos Estados, a flexibilização do termo cidadania, para não atribuir se aos estrangeiros direitos inerentes do cidadão, como é o caso do direito de sufrágio. Este consiste no direito de participar ativamente do Estado. Estado este escolhido pelo indivíduo como “seu”, seja qual for o motivo pelo qual o tenha feito. Ele tem condições de escolher o que é melhor para o país que escolheu como seu lar.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 4 (Trad. nossa).

⁴⁸ J. A. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 145.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 146.

O estrangeiro escolheu se submeter às regras de um Estado, porquanto buscou fixar, se no país, obtendo o visto de permanência, bem como Estado o trata como súdito, porque a ele impõe regras. Dessa forma, não se justifica desconsiderar esse indivíduo parte da composição da soberania popular.

Uma vez relativizada essa vinculação – antes aplicada de forma extrema – entre a cidadania e a nacionalidade, percebe-se que os países começaram a dar maior abertura ao estrangeiro no que toca o direito de sufrágio:

“Entende-se que as primeiras aberturas do voto realizadas aos estrangeiros de outros Estados foi com aqueles com os quais existiram unidade no passado ou com características em comum (é de se dizer, compartilhou as características de nacionalidade), como com os países do Conselho Nórdico (Suécia, Noruega, Dinamarca, Islândia e Finlândia) e os membros da *Commonwealth*. Portugal também tem usado mais recentemente, a língua comum para facilitar a extensão do voto aos estrangeiros, principalmente brasileiros”.⁵⁰

Também, no que concerne à participação política dos estrangeiros nos Estados europeus, acontecimento decisivo foi a aprovação no ano de 1992 pelo Conselho Europeu, em Estrasburgo, da Convenção que dispõe sobre a participação dos estrangeiros na vida pública local e acerca da possibilidade da extensão do direito de voto a todos os residentes nacionais de um Estado-membro da União Europeia. O documento trata do possível reconhecimento de direitos políticos dos estrangeiros. O documento é composto por três partes, cada qual composta por direitos políticos que podem ser concedidos aos estrangeiros, sendo que cada Estado pode ratificar aceitar qualquer uma delas, isto é, pode ratificar todas, bem como nenhum, ou apenas uma delas.⁵¹

Dentre os direitos a serem reconhecidos, nos interessa aqueles previstos no Capítulo C, o qual estabelece:

“o compromisso dos Estados de conceder o sufrágio ativo e passivo nas

⁵⁰ E. AJA, D. MOYA, *El derecho de sufragio de los extranjeros residentes. La inmigración en la encrucijada*, in *Anuario de la inmigración en España*, cit., p. 6 (Trad. nossa).

⁵¹ *Ibidem*, p. 7.

eleições locais para residentes estrangeiros, desde que preencham as mesmas condições exigidas aos nacionais e que tenham residido legalmente e residir habitualmente no Estado, pelo menos os cinco anos anteriores à eleição”.⁵²

Ademais, no que tange direito de sufrágio dos estrangeiros, há que se falar do Tratado da União Europeia firmado em Maastricht, também no ano de 1992. O tratado tem por objetivo maior integração da comunidade europeia, com a elaboração de um estatuto de cidadania europeia, baseado na livre circulação e residência nos Estados membros. Dentre as previsões, está aquela que atribui aos estrangeiros dos Estados membros da União os direitos de sufrágio ativo e passivo nas eleições municipais no Estado membro em que residem e do qual não são nacionais (artigo 19 do Tratado). Atente-se ao fato que de a cidadania europeia não substitui a cidadania nacional, sendo nada mais que uma prolongação da nacionalidade em um novo estatuto de cidadania, porque o cidadão europeu só possui tal *status* em razão de ser nacional de um dos Estados membros.⁵³ A União Europeia respeita a identidade nacional dos seus membros.

A maioria das Constituições dos Estados europeus reserva o direito de sufrágio nas eleições aos seus cidadãos. Como o critério utilizado para determinar atribuição de direitos políticos é o da nacionalidade, somente possuem o direito de votar os nacionais. Há, no entanto, uma exceção: a Holanda.⁵⁴ A Holanda não limita o direito de sufrágio apenas aos seus nacionais, mas utiliza o critério da residência para atribuir tal direito – apesar de mais limitado, porquanto apenas em âmbito municipal – aos estrangeiros:

“A Holanda havia debatido fortemente a questão em meados dos anos setenta, porém não aprovou o voto local aos estrangeiros até a reforma legal de 1985, com exigência de cinco anos de residência. O motivo principal da reforma foi promover a integração, considerando que a participação

⁵² *Ibidem* (Trad. nossa).

⁵³ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁴ E. TRIAS, *La legislación sobre extranjería e inmigración: los derechos fundamentales y las libertades de los extranjeros em España*, Barcelona, Edicions Univers, 2002, p. 106.

eleitoral aumentaria o interesse dos estrangeiros residentes pelo sistema político holandês”.⁵⁵

Assim, hoje, é constitucionalmente assegurado ao estrangeiro residente votar nas eleições locais, é o que estabelece o dispositivo contigo no artigo 130 da Constituição Holandesa:

“A lei pode conceder o direito de eleger os membros do Conselho da Cidade e do direito de ser um membro do Conselho da Cidade para os residentes de nacionalidade estrangeira, desde que atendam a, pelo menos, os requisitos aplicáveis aos residentes de nacionalidade holandesa”.⁵⁶

Desprende do texto constitucional que os estrangeiros residentes têm o direito de participar, ativa e passivamente, das eleições do conselho da cidade havendo apenas duas condições: a residência por cinco anos no país, bem como o preenchimento dos requisitos impostos aos holandeses – estes estão estabelecidos no artigo 54 da Constituição holandesa, que assim dispõe:

“1. Os membros da Segunda Câmara são diretamente eleitos pelos holandeses que tenham atingido dezoito anos de idade, salvo as exceções que a lei estabelece a respeito dos holandeses que não são residentes. 2. Serão excluídos do direito de sufrágio: a. aqueles que, por haverem cometido um crime especificado como tal efeito pela lei, hajam sido condenados por sentença transitada em julgado, a uma pena privativa de liberdade de ao menos um ano, e ao mesmo tempo tenham sido privados do direito de sufrágio; b. aqueles que, em virtude de uma sentença transitada em julgado, são incapazes de trabalhar por causa de perturbação mental”.⁵⁷

O modelo holandês mostra-se flexível ao conceder o direito ao voto ao estrangeiro independentemente de condições de reciprocidade, tornando o exercício do direito, pelos estrangeiros, eficaz – ainda que limitado a eleições locais.

A democracia tem por objetivo guiar o Estado pela vontade geral, na busca pelo bem comum. Contemporaneamente, tendo em vista a globalização e as suas consequências – como é o caso do fluxo

⁵⁵ E. AJA, D. MOYA, *El derecho de sufragio de los extranjeros residentes. La inmigración en la encrucijada*, cit., p. 6 (Trad. nossa).

⁵⁶ *Nederlandse Grondwet*, Artikel 130: Kiesrecht vreemdelingen (Trad. nossa).

⁵⁷ *Ibidem* (Trad. nossa).

migratório – a vontade do estrangeiro deve integrar a vontade geral.

A fim de que se alcance essa tão almejada igualdade, bem como com intuito de se realizar essa sociedade pluralista, na qual se constitui a sociedade moderna, conceder o direito de sufrágio seria um passo a ser dado no sentido de concretização dos princípios democráticos.

5. Considerações finais

O Capítulo 2 do presente trabalho demonstrou a progressão da cidadania e a necessidade de desvinculá-la da nacionalidade. Hoje, um dos poucos grupos sociais ainda excluídos do exercício de direito ao voto é aquele dos estrangeiros.

Ademais, discorreu-se sobre democracia, berço da cidadania. Democracia significa “poder do povo”. Dentre os objetivos do sistema democrático está a realização do bem comum. A realização do bem comum é dever do Estado que, como organização política e jurídica da sociedade, procura estabelecer através da vontade geral melhor forma para sua efetivação. A vontade geral pertence ao povo e é exercida, principalmente, através do exercício do direito de sufrágio: o voto.

O voto é núcleo central dos direitos políticos, uma vez que é através dele que a soberania popular é exercida. O sufrágio coloca o povo à frente da atividade política estatal, através do instituto da representação. É por meio do voto que se elegem os representantes que, tendo uma identificação com os representados, buscam guiar-se pela vontade geral para atingir bem comum.

Pelo fato de o voto mostrar-se tão determinante nos rumos da vida política do Estado Democrático de Direito, é que a partir do Capítulo 3 demonstrou-se a plausibilidade do voto do estrangeiro. O estrangeiro faz parte da população a qual se destinam as regras de convivência para melhor realização do bem comum, no entanto, não podem contribuir para a formação da vontade geral, porque o direito de sufrágio lhes é vedado constitucionalmente.

Hoje, em razão do fenômeno da globalização e de suas

consequências – flexibilização da atuação soberana dos Estados, flexibilização das fronteiras estatais, fluxo migratório, miscigenação de culturas, entre outros – mostra-se necessária a flexibilização do termo cidadania. É preciso deixar de vinculá-lo essencialmente à nacionalidade.

Conclui-se pela viabilidade, bem como pela necessidade, da concessão do direito de votar ao estrangeiro residente, nos termos da explanação apresentada no Capítulo 4, a qual relativiza o critério da nacionalidade e utiliza o critério da residência para atribuir ao estrangeiro o direito de votar.

Referências

AJA E., MOYA D., *El derecho de sufragio de los extranjeros residentes. La inmigración en la encrucijada*, in *Anuario de la inmigración en España*, 2008.

BONAMIGO R. I. H., *Cidadania: considerações e possibilidades*, Porto Alegre, Dacasa, 2000.

BONAVIDES P., *Ciência política*, São Paulo, Malheiros, 2010, XVII ed.

BRZOWSKI J., *Migração internacional e desenvolvimento econômico*, in *Estudos avançados*, 2012, vol. 26, n. 75, pp. 137-156.

DALLARI D., *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2009, XXVIII ed.

GUERRA S., *Curso de direito internacional público*, São Paulo, Saraiva, 2013, VII ed.

JIMÉNEZ M. Á. S., *El impulso del reconocimiento del derecho de sufragio de los inmigrantes a través de la vía legislativa*, in LORENZO S. S. (coord.), *La integración de los extranjeros: un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009.

MORAES A., *Cidadania: o novo conceito jurídico e a sua relação com os direitos fundamentais individuais e coletivos*, São Paulo, Atlas, 2013.

RIO O. M., *O Tratado de Maastricht e os cidadãos: cidadania ativa em contexto europeu*, in *Periódico do CIEDA e do CEIS20 em parceria com GPE e a RCE*, 2012, n. 6.

ROUSSEAU J. J., *Contrato social: princípios do direito político*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, III ed. Trad. A. De Padua Danesi.

SILVA J. A., *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2013, XXXVI ed. rev. e atual. (até a Emenda Constitucional n. 71, 29.11.2012).

TRIAS E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: los derechos fundamentales y las libertades de los extranjeros em España*, Barcelona, Edicions Univers, 2002.

VIEIRA L., *Cidadania e globalização*, Rio de Janeiro, Record, 1997.

VIEIRA L., *Os argonautas da cidadania: a sociedade civil na globalização*, Rio de Janeiro, Record, 2001.

PART 3

**New Frontiers of Solidarity in EU Law, in
Brazil Law... and Beyond**

X

Solidariedade hebraica: regime de direito antigo precursor de direitos humanos fundamentais contemporâneos

*Tânia Mara Borges da Costa**

Sumário: 1. Introdução – 2. Origem da solidariedade como prática no Estado Antigo – 3. Origem da solidariedade hebraica – 4. Valores das *práxis* solidárias na consciência coletiva hebraica – 5. Reflexos da solidariedade hebraica: estatuto antigo precursor de direitos humanos fundamentais no estado contemporâneo – 6. Considerações finais.

1. Introdução

No Mundo Antigo, a crença hebraica na solidariedade era concebida como *práxis* nacional, legitimadas por um processo estatal, tendo em vista o bem estar individual e coletivo. Um fenômeno que ainda é ordem na atualidade, em face dos direitos e das garantias fundamentais existentes no Mundo Contemporâneo. Os quais devem resultar na materialização efetiva que propicie uma existência de vida digna.

Sendo um fato relevante que justifica esta pesquisa, na qual o seu objetivo é refletir sobre a solidariedade hebraica como Estatuto dos Antigos, precursor de direitos humanos fundamentais contemporâneos.

* PhD Student, Vitoria Law School, Brazil.

Nesta reflexão se excluí toda pretensão e parcialidade religiosa, mas inclui o necessário contexto religioso¹ que abarca a solidariedade como Mandamento Estatal, vista sob a lente jurídica, enquanto princípio estruturante sob o paradigma da Antiguidade.² E como pressuposto hipotético, nesta tese ora defendida, de que a solidariedade necessariamente deve outorgar concretude à Dignidade Humana.

No desenvolvimento deste artigo se utiliza metodologia empírica, qualitativa e dialética, que sofre delimitação em seu conteúdo a ser apreciado, em razão do corte que se dá a partir do Antigo Estatuto dos Hebreus até o início do Cristianismo, no que concerne às práticas hebraicas. Sendo estruturado em quatro tópicos: após esta introdução, traz a origem da solidariedade como prática no Estado Antigo; o tópico dois cita a origem da solidariedade hebraica; o três reflete os valores da *práxis* solidária na consciência coletiva hebraica o tópico quatro aborda reflexos da solidariedade hebraica como um estatuto antigo e precursor de direitos humanos fundamentais no estado contemporâneo, seguidos das considerações finais. Com a esperança de que esta reflexão promova a compreensão da Solidariedade como princípio estruturante constitucional, pressuposto de igualdade, liberdade e autonomia entre os seres humanos, necessário para existência de justiça social e de vida digna, valores fundamentais e caminhos para se alcançar o bem estar individual e coletivo sustentáveis.

¹ G. FILORAMO, *Storia delle religioni. Le religioni dell'India e dell'Estremo Oriente*, Bari, Laterza, 1996, vol. 4.

² O sentido de paradigma aqui adotado tem como base conceitual a defendida por Kuhn na qual as “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. T. S. KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*, São Paulo, Perspectiva, 1988, p. 13.

2. Origem da solidariedade como prática no Estado Antigo

No Estado Antigo,³ a solidariedade na concepção pré-moderna abrange o período que vai do Mundo Antigo até o fim da Idade Média, e é um vocábulo que identifica práticas que eram exercidas reiteradamente tanto no Estado Antigo como no Estado Medieval, as quais já alicerçavam diversas condutas de natureza estatal, civil e cultural entre os povos, em contraposição à desigualdade social, que é uma questão discutida como resultante de processos e sistemas legitimados nas políticas mundiais, desde que o homem existe, e ainda carece de solução.⁴

Desde a Antiguidade Oriental, assim como na Antiguidade Clássica com o mundo greco-romano, à época persa Aquemênida Tardia, e à época do Helenismo, se observam evidências históricas que tanto nas sociedades do antigo Oriente-Próximo como na unidade de um Estado, havia o fator de dependência da unidade em suas respectivas religiões.⁵

Deste fator religioso, a teoria estatal assinala que há duas características que se sobressaem ao Estado Oriental, como sendo a religiosidade e a natureza unitária.⁶ E com base em uma unidade religiosa, os registros históricos que dão maior destaque sobre a presença do espírito solidário, enquanto Estatuto, foram os encontrados nos pergaminhos do povo hebreu.

³ Os Estados Antigos eram considerados como sendo o Estado Helênico, o Estado Romano e o Estado Oriental que era constituído pelas civilizações: egípcia, mesopotâmica, hebraica, persa e judia. K. G. CARVALHO, *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*, Belo Horizonte, Del Rey, 2009, p. 139.

⁴ *Ibidem*.

⁵ J. B. R. SANTOS, *Interações no campo religioso do reino norte de Yiśrā`ēl no século IXº a. C.: a cultura como problema político na Bíblia hebraica*, in REVER-Revista de Estudos da Religião, 2016, pp. 197-219.

⁶ D. A. DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1985.

3. Origem da solidariedade hebraica

Com fundamento na unidade religiosa entre a fé e a existência dos hebreus como nação, e não simplesmente um povo, é constituída por meio de seu Mandamento Estatutário, conhecido como Pentateuco, ou Torá, e popularmente como os Dez Mandamentos, que Deus entregou a Moisés em torno de 1.500 A.C. (Bíblia (1)⁷, 1994), similar às normas constitucionais babilônicas, porém monoteístas e contrárias aos credos do politeísmo, que eram comuns entre os sumérios, babilônicos e caldeus.

Os 10 Mandamentos se tornaram um dos pilares no Judaísmo, que é transmitido de geração em geração, encontrado nos pergaminhos antigos do povo hebreu, traduzidos para a atualidade. Sendo identificados sob a crença monoteísta, a qual fora revelada pelo Deus dos hebreus, Yhwh, ao Líder Moisés, durante o Êxodo do Egito, quando eles retornaram para Canaã, a sua terra de origem.⁸

Aquele Estatuto prescreveu normas, com regras e princípios diferentes das demais crenças politeístas praticadas pelos antepassados dos judeus que viveram na Mesopotâmia, entre os Sumérios. Considerando-se que a unidade nas cidades-estados⁹ daquela região se dava mediante práticas politeístas, legitimadas e oficializadas pelos Estados. Tal qual as práticas que eram realizadas no Egito, nação na qual os hebreus viveram como escravos nos últimos quatrocentos anos que antecederam ao Êxodo.

⁷ Este número será utilizado cronologicamente, como um recurso metodológico para identificar as referências Bíblicas no texto em correspondência às anotações bibliográficas, para melhor identifica-las no contexto deste artigo.

⁸ F. JOSEFO, *História dos hebreus*, Rio de Janeiro, Casa Publicadora das Assembléias de Deus, 2015.

⁹ Eram as cidades soberanas dentro de outra cidade, gozavam de autonomia plena, governo, Sistema político e jurídico próprios e independentes dos que prevaleciam na região onde estavam situadas geograficamente. Há poucas no mundo contemporâneo, exemplo: República de Cingapura na Ásia, Mônaco na França e o Estado da Cidade do Vaticano, instalado no Centro da cidade de Roma, a qual pertence à nação Italiana. N. L. GUARINELLO, *A história antiga contemporânea*, São Paulo, Contexto, 2013.

Sendo aquela escravidão o fato que desencadeou o maior movimento migratório reconhecido na história do povo hebreu, quando eles retornaram para Canaã, crendo que alcançariam a liberdade e a prosperidade na Terra Prometida, pelo seu Deus, aos seus Patriarcas.

Neste sentido, o Estatuto ou os Mandamentos era de fato o Código de Leis dos hebreus, similar às Constituições Mesopotâmicas. Porque entre os Sumérios, o sistema judiciário era muito avançado, inventaram a escrita cuneiforme, que foi a primeira da Humanidade, o exercício do Direito e seu funcionamento. Havia o Código de Ur-Nammu, cerca de 2040 a.C., e o Código de Hamurabi de no ano de 1772 a.C., os quais prescreviam dentre suas normas, a solidariedade como um dever e obrigação cotidianos sobre toda a comunidade.¹⁰

Uma conduta, portanto, vinculada ao sentido conceitual de personalidade coletiva, sob regras explícitas nos Livros Sagrados do Pentateuco. Observa-se que o Pentateuco é extremamente detalhado no que diz respeito a normas de conduta que devem ser seguidas no plano coletivo e individual. Spinoza, adequadamente, caracteriza a obra de Moisés como constituinte, mas se trata de uma constituição que não menciona instituições políticas. O único projeto geopolítico do Pentateuco é a ocupação da Terra prometida por Deus, onde o povo de Israel poderá se dedicar a seu culto.¹¹

Desta forma, o Código revitalizou a antiga Aliança Patriarcal Abraâmica, porque o povo havia se desligado das antigas crenças de seus antepassados. Nas quais, os credos e práticas dos politeístas existentes nas cidades-Estados sumerianas foram as razões de Yhwh, tido como o Deus Único e Verdadeiro, chamar Abrão, da cidade-Estado de Ur da Caldéia (atual Iraque, no mundo

¹⁰ K. M. P. POZZER, *O exercício do direito na Mesopotâmia Antiga*, in *Justiça & História*, 2002, vol. 2, n. 3, pp. 55-76.

¹¹ B. SORJ, *Geopolítica e cultura: a trajetória de Israel*, in *História*, 2014, vol. 33, n. 2, pp. 57-71.

contemporâneo) e fazer com ele uma Aliança eterna, pressuposto para tirá-lo da Mesopotâmia.

Fato que registra a primeira migração hebreia, em torno de 2.000 a.C. e a instituição de seu primeiro e mais importante Patriarca, agora sob o nome de Abraão (porque naquele episódio o Senhor Deus lhe mudara o nome).

Esta foi a razão por que Abraão partiu para a Terra da Promessa, levando consigo seu sobrinho e suas famílias, para a terra prometida de Canaã. E assim se instala na Antiguidade Estatal uma “nova ordem” sob a tutela de um novo Deus, Yhwh e um novo Patriarca.¹² Essa Aliança consistia, assim, num conjunto de leis materiais e procedimentais que deveriam ser ensinadas, indistintamente, para toda a comunidade.

Assim foi a antiga Aliança, revitalizada no Código da Aliança entre Deus e o povo, determinava que seus ordenamentos fossem transmitidos de geração em geração, como determinava o Livro de Deuteronômio Capítulo (C.)¹³ 6:1-9 (Bíblia (2), 1994).

Ele era ministrado nos ensinamentos originais na Torá e na língua hebraica, na qual foi escrita no Livro por acreditarem que foi a língua escolhida por Deus para transmitir mensagens do Criador a toda humanidade.

Esta prática é ainda um forte elemento cultural entre o povo hebreu, atualmente a língua hebraica foi restaurada como língua oficial falada entre os Judeus e árabes que vivem em Israel e por grande parte da comunidade judaica fora de Israel.¹⁴

¹² É. GASDA, *Tráfico de pessoas na sagrada escritura*, in *REMHU: Revista Interdisciplinar da HERANCA JUDAICA*, 2013, vol. 21, n. 41, pp. 189-203. Disponível em: <https://herancajudaica.wordpress.com/2018/01/07/introducao-ao-tikun-olam-a-vida-de-um-administrador/>, acesso em 10 mai 2020.

¹³ O (C.) significa o “Capítulo” e o “C” será utilizado para identificá-lo nas próximas citações Bíblicas, cronologicamente identificadas, em seu contexto e, na ordenação da relação bibliográfica.

¹⁴ C. RABIN, *Pequena história da língua hebraica*, São Paulo, Summus, 1973.

Na Antiguidade o Código da Aliança foi estabelecido pelo fato de que os mandamentos prescritos tratavam de objetivos nacionais que seriam implementados, gradativamente, de modo concreto, mediante práticas reiteradas, visando combater a corrupção e a degradação do povo, restabelecer a justiça e a equidade, defender os direitos dos desprotegidos e os direitos de propriedades, manter a paz, o bem-estar da coletividade e a ordem social.

Deste modo, a prática da solidariedade era um dever legal, de natureza universal, imposto a todos, indistintamente, dentre a comunidade, com objetivos específicos para de fato surtir efeitos, abrangendo tanto a esfera penal, econômica e social quanto na esfera política e civil sobre as relações familiares, negociais, laborais, escravagistas, como nas relações externas quanto ao tratamento devido aos migrantes e estrangeiros.

Além da esfera administrativa, envolvendo a relação de todos com o meio ambiente, com o trato, a exploração e a preservação da terra e demais seres vivos utilizados no meio laboral. Como prática de autonomia e de sinônimo de justiça, traduzida na solidariedade que era obrigatória para com todos.

O Código determinava que nenhum estrangeiro, nenhuma viúva, nenhum órfão, nenhum desfavorecido, poderiam ser afligidos, nem oprimidos e, que a justiça fosse praticada com equidade pelos Juizes constituídos dentre eles, prescrito no Livro de Êxodo C. 22:21-23 (Bíblia (3), 1994).

Era dever legal também a ser praticado nas relações laborais hebreias, mesmo sendo de natureza escravagistas e que deveria ser ensinado ao povo e às gerações futuras, e assim era determinado, em Deuteronômio C. 6:1-9 (Bíblia (4), 1994):

“Estes, pois, são os mandamentos, os estatutos e os juízos que mandou o SENHOR vosso Deus para ensinar-vos, para que os cumprísseis na terra a que passais a possuir; Para que temas ao Senhor teu Deus, e guardes todos os seus estatutos e mandamentos, que eu te ordeno, tu, e teu filho, e o filho de teu filho, todos os dias da tua vida, que teus dias sejam prolongados. Ouve, pois, ó Israel, e atenta em os guardares, para que bem te suceda, e muito te multipliques, como te disse o Senhor Deus de teus pais, na terra que mana leite e mel. Ouve, Israel, o Senhor nosso Deus é

o único Senhor. Amarás, pois, o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todas as tuas forças. E estas palavras, que hoje te ordeno, estarão no teu coração; E as ensinarás a teus filhos e delas falarás assentado em tua casa, e andando pelo caminho, e deitando-te e levantando-te. Também as atarás por sinal na tua mão, e te serão por frontais entre os teus olhos. E as escreverás nos umbrais de tua casa, e nas tuas portas”.

Estes mandamentos eram para serem praticados conforme prescrito no procedimento normativo cogente, que determinava, inclusive, a libertação de todos os escravos após seis anos de servidão. Fato que obrigatoriamente no sétimo ano, que era o ano sabático, tinham que ser libertos todos os escravos, sem que os mesmos precisassem pagar nada. Obrigação esta que visava o futuro de bem-estar social individual e coletivo como descrito Livro de Êxodo C. 21:21-23 (Bíblia (5), 1994).

4. Valores das *práxis* solidárias na consciência coletiva hebreia

Esta *práxis* da solidariedade era consolidada por um conjunto de normas a ser aplicada pelos hebreus sobre toda a coletividade e ultrapassava os limites das necessidades de descanso e de liberdades humanas,¹⁵ porque eles concebiam a exigência do descanso universal, englobando toda a criação.

Ou seja: todos os seres humanos, tanto os livres como os escravos e filhos de escravas; os animais, as plantas e a própria terra, que neste período ela não podia ser cultivada, mas deveria ter o descanso para recuperar sua capacidade produtiva. Entendendo-se que a terra é sagrada, e que ela faz parte da constituição humana e ligada ao firmamento.¹⁶

¹⁵ A liberdade aqui, para os hebreus, era o mais alto valor a ser respeitado, pois ele era resultado da Verdade Suprema revelada pelas suas Escrituras Sagradas, como o único caminho que conduzia à autonomia plena e verdadeira devida ao ser humano. Valores que foram incorporados ao Cristianismo e demais crenças monoteístas, mas diverso dos valores do henoteísmo e do politeísmo.

¹⁶ J. E. STEINER, *A origem do universo*, in *Estudos avançados*, 2006, vol. 20, n. 58, pp. 231-248.

Sob tais concepções de solidariedade como Mandamento prático, ele foi positivado sob o Solidário Nacional Descanso ou Descanso Sabático, que era uma ordem expressa para ser igualmente cumprida por todos, incluindo os migrantes e estrangeiros. O qual deveria ser dedicado ao Senhor Deus dos hebreus, cumprido e formalizado solenemente, sob três aspectos procedimentais distintos, conforme o Pentateuco prescrito no Livro de Levítico C. 25 (Bíblia (6), 1994), que prescreve o Solidário Nacional Descanso, que eram Leis acerca do exercício da Justiça.

O primeiro processo sabático se dava no sábado, mesmo nos períodos da aradura e da colheita, quando neste dia de sábado toda comunidade deveria repousar, tendo um dia de descanso na terra, que eram Leis acerca do exercício da Justiça, prescrito pelo Livro de Levítico C. 25:2 (Bíblia (7), 1994):

“Fala aos filhos de Israel, e dize-lhes: Quando tiverdes entrado na terra, que eu vos dou, então a terra descansará um sábado ao Senhor”.

Quanto ao segundo processo era destinado para o Ano Sabático. Era um processo que ocorria a cada sete anos, no qual havia a ordenança para cumprir o descanso coletivo por um ano, sob a prescrição da solidariedade como promotora de uma ampla e saneadora remissão de dívidas e também para realizar o descanso coletivo global entre todo o povo. Este descanso abrangia todos os seres, tanto os humanos, os seres racionais, como os seres irracionais, inclusive a própria terra. Este processo ocorria conforme prescrito no Livro de Deuteronômio C.15.1:

“No final de cada sete anos as dívidas deverão ser canceladas. A remissão é um ato que tipifica uma medida do perdão de dívidas para muito além da exigência, mas que, necessariamente, deveria ser realizado desprovido da ganância, como o pressuposto para promover a conscientização de que é preciso convencer o coração e convertê-lo à solidariedade: “Livramento abrirás a mão para o teu próximo. Se houver algum israelita pobre em qualquer das cidades da terra que o Senhor, o seu Deus, lhe está dando, não endureçam o coração, nem fechem a mão para com o seu irmão pobre. Ao contrário, tenham mão aberta e emprestem-lhe liberalmente o que ele precisar. Cuidado! Que nenhum de vocês alimente este pensamento ímpio: “O sétimo ano, o ano do cancelamento das dívidas, está se aproximando, e não quero ajudar o meu irmão pobre”. Ele poderá apelar para o Senhor contra você, e você será

culpado pelo pecado. Dê-lhe generosamente, e sem relutância no coração; pois, por isso, o Senhor, o seu Deus, o abençoará em todo o seu trabalho e em tudo o que você fizer. Sempre haverá pobres na terra. Portanto, eu lhe ordeno que abra o coração para o seu irmão israelita, tanto para o pobre como para o necessitado de sua terra”.

De modo que a prática de solidariedade para com a terra tinha por objetivo: amparar e assistir aos mais desfavorecidos que deveriam sobreviver com o que a terra naturalmente produzisse, durante seu período de descanso, sem interferência humana; manter a vida na fauna e na flora; recuperar a plena capacidade produtiva da terra e manter o senso de humanidade que deveria existir entre os seres humanos. Era prescrito no Pentateuco, em Levítico C. 25:3-7 (Bíblia (9), 1994) e conforme prescrito no Livro de Êxodo C. 23: 10-11 (Bíblia (10), 1994):

“Também seis anos semearás tua terra, e recolherás os seus frutos. Mas ao sétimo a dispensarás e deixarás descansar, para que possam comer os pobres do teu povo, e da sobra comam os animais do campo. Assim farás com a tua vinha e com o teu olival”.

Já, quanto ao terceiro processo sabático era destinado ao Ano do Jubileu, quando realizado no ano de Jubileu, que ocorria após cada 49 anos, conforme o Estatuto que prescrevia no Pentateuco, em Levítico C. 25:8-54 (Bíblia (11), 1994):

“Também contarás sete semanas de anos, sete vezes sete anos; de maneira que os dias das sete semanas de anos te serão quarenta e nove anos. E santificareis o ano quinquagésimo, e apregoareis liberdade na terra a todos os seus moradores; ano de jubileu vos será, e tornareis, cada um à sua possessão, e cada um à sua família. O ano quinquagésimo vos será jubileu; não semeareis nem colhereis o que nele nascer de si mesmo, nem nele vindimareis as uvas das separações. Porque jubileu é, santo será para vós; a novidade do campo comereis. Neste ano do jubileu tornareis cada um à sua possessão. E se disserdes: Que comeremos no ano sétimo? eis que não havemos de semear nem fazer a nossa colheita; Então eu mandarei a minha bênção sobre vós no sexto ano, para que dê fruto por três anos, E no oitavo ano semeareis, e comereis da colheita velha até ao ano nono; até que venha a nova colheita, comereis a velha. Também a terra não se venderá em perpetuidade, porque a terra é minha; pois vós sois estrangeiros e peregrinos comigo. Portanto em toda a terra da vossa possessão dareis resgate à terra”.

Neste período a solidariedade prevista no Código de Leis era praticada amplamente e tinha por objetivos conceder a alforria plena, a liberdade e a autonomia aos oprimidos, reconstruir vida coletiva digna, restituir as possessões, abolir toda sorte de trabalhos, abolir a exploração da terra, abolir a escravidão, perdoar as dívidas, conceder o descanso à terra, aos seres humanos, aos animais e às plantas.

5. Reflexos da solidariedade hebraica: estatuto antigo precursor de direitos humanos fundamentais no estado contemporâneo

Os reflexos no Estado Antigo foram notados sobre a solidariedade hebraica desde o seu início, em relação a dois fatos significativos. O primeiro se deu pelo seu destaque entre as demais comunidades politeístas, em razão da concepção de um Mandamento Sagrado monoteísta, independente dos credos politeístas de seus ancestrais. Analogamente à Declaração Universal de Direitos Humanos (DUHD)¹⁷, em seu Artigo 18:

“Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”.

E o segundo reflexo foi o bem estar social advindo do cumprimento explícito daqueles Mandamentos monoteístas. Os quais, no plano abstrato, foram consagrados em um regime de direito positivado no Estatuto ou Código de Leis dos hebreus, que consolidou no plano abstrato o Solidário Nacional Descanso com objetivos nacionais específicos em combater a corrupção, a opressão e a miséria. Tal como defende a DUDH, em seu Preambulo:

“para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”.

Este Descanso deveria ser implementados por todos da comunidade, conforme os procedimentos prescritos no Estatuto. De

¹⁷ *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.

modo que, no plano em concreto, as práticas solidárias fundadas em valores morais resultassem efetivamente no regate da identidade e da dignidade de todos, tanto aos livres quanto aos escravos, como também defende a DUDH, em seu Artigo 15:

“Todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade; ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade”.

Estas práticas estavam modificando e aprimorando a sociedade, outorgando autonomia individual e coletiva em toda a nação, indistintamente. E o regime de direito solidário era concebido como um fator de essencial relevância na proteção do povo contra a corrupção, a opressão, a infidelidade e a miséria, com o objetivo maior de restabelecer e de equilibrar a ordem natural, de modo universal, sobre a nação, para se obter uma boa qualidade de vida individual e coletiva, alicerçada no senso de dignidade e humanidade universal. E sendo o direito solidário prática universal obrigatória, é essencial a sua proteção através de um regime de direito. Porque se configuram como direitos inatos ao ser humano como vida, liberdade, segurança de modo similar à DUDH em seu Artigo 3:

“Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Neste período ainda era obrigatório a prática da remissão, perdão, abolição da escravatura e de toda prática opressora, semelhante ao Artigo 4 da DUDH:

“Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos”.

Além de que, deveria existir esta concepção de bem estar individual e coletivo, sendo praticada em toda a comunidade, análogo à DUDH, no Artigo 25:

“1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a

assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”.

Como também, o fato de que todos tinham o dever de agir em conformidade com o direito e o juízo e justiça, com imparcialidade e com equidade, conforme também está declarado na DUDH, no seu Artigo 10:

“Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

Fato histórico, portanto, que remete à visão de que a solidariedade era assim concebida como um dever a ser praticado, para dar efetividade concreta à igualdade e à liberdade. Qualidades concebidas como direitos naturais e fundamentais dos indivíduos naquela comunidade, que careciam de serem satisfeitos, como pressuposto de dignidade e de autonomia. Tal como também declara na DUDH em seu Preâmbulo e no Artigo 1:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para os outros em espírito de fraternidade”.

Este entendimento era a razão da consciência coletiva, quanto à concepção hebraica, de que o ser humano não detinha poder absoluto de propriedade sobre o outro ser vivo, sobre a natureza e nem poder de soberania.

Uma vez que a prática efetiva da solidariedade despertava o povo para o que eles consideravam a verdade absoluta de que todo poder e soberania pertenciam ao Senhor, que era tido como Único Deus Verdadeiro como está prescrito no Livro do Gênesis C. 2:1-3 (Bíblia (13), 1994):

“Assim os céus, a terra e todo o seu exército foram acabados. E havendo Deus acabado no dia sétimo a obra que fizera, descansou no sétimo dia de toda a sua obra, que tinha feito. E abençoou Deus o dia sétimo, e o santificou; porque nele descansou de toda a sua obra que Deus criara e fizera”.

Desta compreensão, o povo hebreu mediante as práticas solidárias, tinha a conscientização de que o ser humano não era o

dono absoluto das demais coisas existentes no universo criado, conforme descrito no Livro dos Salmos C. 146:5 (Bíblia (14), 1994):

“Feliz o que tem por ajudador o Deus de Jacó e, por esperança, o SENHOR, seu Deus, que fez o céu e a terra, o mar e tudo quanto neles há, e que guarda fidelidade para sempre, que faz justiça aos oprimidos, que dá pão aos que têm fome!”

Como também, levava o homem a compreender que ele era mordomo de Deus e administrador de tudo o que lhe vinha às mãos, das posses tangíveis e intangíveis. Uma concepção que sua raiz estava fundamentada na origem da criação do universo.

E na origem da criação do ser humano, porque o homem foi a única vida criada de um modo diferenciado, singular, e sendo criado para administrar e utilizar, em benefício próprio e coletivo, sem causar danos e males, de toda a criação inclusive, o uso do próprio corpo, e do corpo de seus semelhante, para se promoverem e se desenvolverem, com humanidade, sem tirania, em honra e glória ao Criador. Como prescrito no Livro de Salmos C. 24:1 (Bíblia (15), 1994):

“Do SENHOR é a terra e a sua plenitude, o mundo e aqueles que nele habitam”.

Entendimento abraçado pela Igreja Judaico-cristã Primitiva e pelo Cristianismo, como descreve o Evangelho de Lucas C.12:42-48 (Bíblia (16), 1994), sob a concepção de que tudo pertence ao Criador, e de tudo deverá o ser humano prestar contas, de como administrou os bens que lhe foram concedidos, materiais e intelectuais em sua existência terrena, quando retornar para o Criador, em sua morte terrena. Como relata o Livro de Romanos C. 14:10-12 (Bíblia (16a), 1994):

“Mas tu, por que julgas teu irmão? Ou tu, também, por que desprezas teu irmão? Pois todos havemos de comparecer ante o tribunal de Cristo. Porque está escrito. Como eu vivo, diz o Senhor, que todo o joelho se dobrará a mim. E toda língua confessará a Deus. De maneira que cada um de nós dará conta de si mesmo a Deus”.

Uma concepção enraizada na origem e a identidade do ser humano sob a crença de que ele foi criado por Deus, o Supremo

Criador. Pensamento defendido também Igreja Cristã Primitiva e pelo Cristianismo com a Patrística e a Filosofia Cristã:

“Deus não seria um artista que dá forma a uma certa matéria, é o Criador Supremo de todos os seres, a partir de nada, além Dele mesmo, e como consequência apenas de seu amor infinito. Deus é a Palavra revelada a Moises: “Eu Sou o que Sou”. É a realidade total e plena, a essência no mais alto grau. Palavra que deveria ser usada somente para designar Deus, porque em todas as demais coisas não tem propriamente essência, elas sendo mutáveis, constituídas pela mistura do Ser (Deus imutável) e do Não Ser (criatura mutável)”¹⁸

Concepção da qual o povo tinha por fundamento que a criatura humana tinha sua parte física corpórea, de matéria constituída da terra, a qual em si mesma, era desconstituída de vida própria. Esta veio do Ser Eterno, que animou a matéria sem vida, o corpo humano, momento em o corpo inerte adquire, assim, a condição de alma vivente, mediante o sopro do fôlego da vida em suas narinas, pelo próprio Criador, como entende também Agostinho de Hipona, conforme prescrito no Pentateuco, Livro de Gênesis C. 2:7 (Bíblia (17), 1994):

“E formou o Senhor Deus o homem do pó da terra, e soprou em suas narinas o fôlego da vida; e o homem foi feito alma vivente”.

Neste contexto, o Estatuto dos hebreus evidencia o reconhecimento do valor e da existência de dignidade, inerente a toda criatura humana, e de seus direitos iguais e inalienáveis, como sendo um valor, enquanto qualidade, subjetiva, considerando que a dignidade não tem preço, que transcende a matéria. Valor pelo qual se constitui o fundamento da liberdade, da autonomia, do bem estar coletivo, da paz na coletividade, como sinônimo de justiça para aquela comunidade hebraica. Valor também reconhecido pela DUDH:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz”.

¹⁸ AGOSTINHO, *Confissões*, São Paulo, Nova Cultural, 2000, p. 377 (Trad. de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina).

Este reconhecimento da dignidade já era o fundamento das práticas solidárias entre os hebreus, e pelo qual também requeria de todo o povo, o espírito da fraternidade enquanto uma condição necessária para que o ser humano pudesse gozar de plenitude, de fato, de modo concreto.

Considerando que a dignidade é inseparável da autonomia, para o exercício da razão prática, como também há no pensamento teorizado por Immanuel Kant. Razões estas, que tornava o ser humano diferente, portanto, dos demais seres criados.

Fato que para a crença hebraica inviabilizava substituir a dignidade de qualquer um dentre o povo, por qualquer outro valor, concebendo-se que não havia nenhum outro valor equivalente em seus Mandamentos para resgatá-la. E restauração plena, da própria condição de existência de uma vida digna.

Ou seja, uma vida sem dívidas, sem escravidão, sem tirania, sem autoridade injusta e sem trabalho e governo que caracterizasse servidão, para não serem compelidos à rebelião. Sendo imperioso, portanto, para aquele povo, a prática de fato, do Solidário Nacional Descanso.

Exigindo assim a concepção, em concreto, de que as práticas do Solidário Nacional Descanso, traduzisse e evocasse que a natureza humana, com todas as demais naturezas criadas, são meios de manifestação e de conexão do Criador com sua criatura, descrito no Livro de Salmos no seu C. 19:1-3 (Bíblia (18), 1994):

“Os céus declaram a glória de Deus e o firmamento anuncia a obra das suas mãos. Um dia faz declaração a outro dia, e uma noite mostra sabedoria a outra noite. Não há linguagem nem fala onde não se ouça a sua voz”.

Com o Solidário Nacional Descanso, o povo hebreu colocava a terra num *status* sagrado, carecedor da solidariedade, porque era concebida como habitat natural, sustento da vida racional e irracional de todos os seres que nela habitam e essência da constituição humana.

Razão porque, acreditavam que quando era retirado o sopro da vida do corpo humano, momento de sua morte, a matéria se torna

inerte, sua substância se deteriora e retorna à terra, ao pó de onde se originou, mas o seu espírito, que é eterno, voltava-se para o Senhor Deus que o deu.

Esta concepção de práxis solidária de vida pessoal, coletiva e universal perdurou entre os hebreus por várias gerações, mediante os ensinamentos dos Sacerdotes nos Sinédrios, até quando o povo vivia grande opressão e miséria, sob o jugo do Império Romano.

O Sinédrio nos Tempos de Jesus era equivalente ao Supremo Tribunal de Jerusalém, constituído de 71 membros dentre eles o Sumo Sacerdote, ex-Sumos Sacerdotes, escribas, membros das famílias de Sumo Sacerdote, Anciãos, Chefes de Tribos e de Famílias. Como cita os Evangelhos de Marcos C. 15:1 (Bíblia (19), 1994) e Atos dos Apóstolos C. 5:34-39 (Bíblia (19a), 1994) e C. 23:1-11 (Bíblia (19c), 1994). Nestas passagens demonstram o tratamento impiedoso que eles dispensavam aos seguidores do Cristo e aos Apóstolos de Cristo, por causa dos ensinamentos de Cristo, a respeito dos valores que o Sinédrio pregava, mas não cumpria. Porém, o povo nutria a crença com a fé na palavra revelada aos antigos e não na razão humana, conforme prescrito no Livro de Hebreus C. 11:1 (Bíblia (19c), 1994):

“Ora, a fé é o firme fundamento das coisas que se esperam, e a prova das coisas que se não veem”.

Desta forma, eles viviam mantendo a esperança de libertação, que era um fato que se daria com a chegada do Rei dos Judeus, conforme promessa no Livro de Isaías C. 9:6-7 (Bíblia (20), 1994) e no Pentateuco no Livro de Gênesis C. 3:15 (Bíblia (21), 1994). Que se daria a chegada do Messias, há muito prometido aos Patriarcas.

Ele veio, mas não foi reconhecido como tal, segundo os relatos, porque ele dizia ser o caminho a verdade e a vida, como registra de João C. 14:6 (Bíblia (22), 1994):

“Disse-lhe Jesus: Eu sou o caminho, e a verdade e a vida; ninguém vem ao Pai, senão por mim”.

Ele era odiado de todos os Sinédrios, mas Jesus ainda afirmava para todos que, conhecendo a verdade seriam libertados, como

registra o Evangelho de João C. 14:6 e no Evangelho de João C. 8:32 (Bíblia (23), 1994):

“E conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará”.

Este ensinamento remete aos conceitos da Filosofia Cristã, na Patrística, na qual todo conhecimento verdadeiro é o resultado de um processo de iluminação divina, contudo, não dispensa o homem de ter um intelecto próprio e nem o substitui, quando o homem pensa o verdadeiro. Uma vez que a verdade reside em Deus, o Ser que é imutável, por excelência.

Deus é o Ser que foi, que é, e que será o único e verdadeiro Ser, eterno. Deus é a plenitude do Ser, é a perfeição máxima e o bem absoluto, que transcende a alma individual e dá fundamento à verdade.¹⁹ E o discurso de Jesus contradizia os ensinamentos dos Rabinos, uma vez que eles não praticavam os Mandamentos Legais, mas exigiam do povo que os cumprissem. E Jesus era movido de compaixão, ensinava a todos como registra o Evangelho de Marcos C. 6:34 (Bíblia (24), 1994):

“E Jesus, saindo, viu uma grande multidão, e teve compaixão deles, porque eram como ovelhas que não têm pastor; e começou a ensinar-lhes muitas coisas”.

Ele não fazia acepção de pessoas, acolhia a todos indistintamente, dando assim, efetividade ao valor das práticas solidárias, sob seus múltiplos aspectos. Ensinava acerca dos costumes e da tradição, conforme a Lei dos Antigos e denunciava, os desvios de conduta das autoridades que levava o povo ao erro. E as antigas profecias iam se cumprindo, como descrito no Livro de Isaias C. 8:14 Bíblia (25), 1994), que era uma promessa com o seu cumprimento no Livro de Romanos C. 9:31-33 (Bíblia (26), 1994):

“Ele será pedra de tropeço e rocha de ofensa”.

Desta forma, as práticas e ensinamentos das autoridades, que não condiziam com os ensinamentos dos Antigos Profetas, eram todos esclarecidos por Jesus, ao povo, como descreve o Evangelho de Mateus C. 3:7; 12:34; 23:13-33 (Bíblia (27), 1994). Este fato se dava, em razão das inobservâncias pelas autoridades, impostas no

¹⁹ AGOSTINHO, *Confissões*, cit., pp. 13-19.

Código de Leis dos hebreus, prescritas nos antigos Mandamentos. Jesus ainda afirmava, categoricamente, como descrito no Evangelho de Mateus C. 22:37-39 (Bíblia (28), 1994), que aqueles antigos Mandamentos se resumiam em duas coisas somente:

“E Jesus disse-lhe: Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento. Este é o primeiro e grande mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo”.

As autoridades o consideraram como herege, passível de crime, por causa destes ensinamentos e oficialmente o levaram ao Tribunal Romano para ser julgado. E conforme sugere Zagrebelsky, Jesus foi julgado por uma democracia crítica, foi condenado pela Decisão de um Tribunal Democrático, num embate entre dois poderes, a “democracia” dogmática de Califas e do Sinédrio que se acredita de possuir uma verdade indiscutível e, do outro lado Pilatos, o campeão de uma “democracia” cética, a quem tudo é indiferente, exceto a conservação do poder.²⁰

Neste sentido, o povo estava insatisfeito porque queria um Rei que lutasse contra o sistema opressor do Império Romano, e clamava pela sua morte, por meio da crucificação como descreve os Evangelhos de João C. 19 (Bíblia (29), 1994), de Mateus C. 27 (Bíblia (30), 1994) e de Marcos C. 15:16-47 (Bíblia (31), 1994). Mas Convicto da inocência de Jesus, Pilatos afirma: “Então, você é Rei!”. Ouvindo como resposta:

“‘Tu dizes que sou rei. De fato, por esta razão nasci e para isto vim ao mundo: para testemunhar da verdade, Todos os que são da verdade me ouvem’. ‘Que é verdade?’ respondeu Pilatos” (Bíblia (32), 1994).

Diante desta interrogante, os povos prosseguiram na busca da resposta, visando a superação de suas limitações. E com o avanço das descobertas veio a revolução científica e industrial, seguiu-se o mundo tecnológico e o desenvolvimento atômico.

Não obstante, neste percurso, optou-se por ignorar o velho paradigma, embora concebido como um fator de essencial

²⁰ G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, vol. 2.

relevância na proteção e na garantia dos direitos, mediante as práticas de solidariedade para com o povo, a fauna, a flora e a terra.

E os valores antigos sendo submetidos a questionamentos a partir do século I quando a injustiça e a falta de humanidade prevaleciam contra os mesmos. Sendo revistos no ano 380 d.C., com o Édito de Tessalônica²¹ e daí em diante nunca mais caíram no esquecimento.

Mas a humanidade seguiu pertinaz, em busca pela verdade, perquiridos os antigos postulados da solidariedade, pelas concepções renascentistas, humanistas e iluministas, pelo liberalismo e o individualismo, pelo antropocentrismo, pela diferença de dogmas e moral ante a cientificidade iluminada da razão pura do direito e da justiça.

Novas lentes sobre a dignidade humana e os seus direitos de igualdade inalienáveis, que deveriam ser satisfeitos mediante a solidariedade como condição de fato para gerar a liberdade, autonomia, a justiça e a paz, entre os homens.

Mas que foram ignorados, não obstante são invocados pelos ideais da Revolução Americana em 1776 e da Revolução Francesa em 1789, tanto ecoados em seu lema, como também obtiveram o seu reconhecimento na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Atravessando os séculos estes mesmos valores e virtudes ecoam no século XX com a Revolução Mexicana em 1910,²² promovendo liberdades. Porém, na Primeira Grande Guerra²³ foram desconsiderados os bem sagrado da dignidade e, a humanidade não obteve, em concreto o reconhecimento universal e o resguardo de seus valores inalienáveis.

²¹ M. MARTIN, *O Imperador Teodósio e a cristianização do Império*, in *Clássica: Revista Brasileira de Estudos Clássicos*, 1992.

²² C. A. BARBOSA, M. LOPES, *A historiografia da Revolução Mexicana no limiar do século XXI: tendências gerais e novas perspectivas*, in *História*, 2001, vol. 20, pp. 163-198.

²³ L. SONDEHAUS, *A Primeira guerra mundial: história completa*, São Paulo, Contexto, 2013.

Possibilitando logo depois, num curto espaço temporal, o surgimento da Segunda Grande Guerra Mundial,²⁴ cenário no qual os valores antigos se resumiram na indignidade absoluta, pelo desvalor do ser humano, que culminou no Holocausto Humano, a maior barbárie que os olhos humanos puderam contemplar, e catástrofe jamais imaginada, tipificado como crime de lesa humanidade.

Uma crueldade tal, que exigiu da Organização das Nações Unidas a necessária tomada de decisão pelo reconhecimento de valores humanos universais, fato que se deu em 10 de dezembro de 1948, quando se efetiva a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Os valores consagrados na DUDH são similares às práticas reguladas no regime de direito, sob o Estatuto Antigo do povo hebreu, no qual se concebia o valor da dignidade humana como um elemento estruturante para garantia de direitos iguais e inalienáveis.

Era o fundamento das liberdades, conferindo autonomia para uma existência digna, pacífica, naquela antiga comunidade, que devia ser continuamente resgatado periodicamente pelas práticas solidárias, tendo em vista o bem comum, no combate à corrupção e às mazelas sociais.

Deste modo, aqueles valores universais foram reconhecidos no século XX, conforme disposto na DUDH, vistos assim como elemento jurídico estruturante para garantia de uma existência digna e pacífica entre os povos, a ser observado pelas nações, de modo a não se repetir as barbáries das Grandes Guerras.

Não obstante, as descobertas alavancam o desenvolvimento das ciências e novas verdades se instalam, a engenharia genética, a física quântica, a biotecnologia e biogenética, nanotecnologia, interfaces e o dataísmo, trazendo, ainda muitos outros novos conceitos e mais luzes para a cientificidade do século XXI.

²⁴ R. CYTRYNOWICZ, *Memória da barbárie: a história do genocídio dos judeus na segunda guerra mundial*, São Paulo, Nova Stella, 1990.

Porém a racionalidade iluminista e o calculismo econômico-científico imperam e o novo século se inicia, esquecendo-se das práticas humanitárias e dos Direitos Humanos declarados pelas nações há bem poucas décadas. De modo triste e pavoroso, a humanidade continuou contabilizando práticas e discursos terroristas, de opressão e horrores entre os povos e desestabilizando nações, em todos os continentes da terra.

Repercutindo para a os povos um período historicamente considerado como o século do terror,²⁵ por atos desumanos materializados por guerras e atos de terrorismos como o terror do Estado Islâmico,²⁶ visto em sua plena atuação sobre o “World Trade Center”, como a guerra do Golfo, da Rússia com Chechênia e com a Ucrânia, a guerra da Síria e a Primavera Árabe.

Além das incontáveis migrações de povos em massa, miseráveis e perseguidos por governos ditatoriais, desprovidos de qualquer sentimento de solidariedade para com seus cidadãos. Ações que exigiram dos povos vizinhos uma atitude humanitária desproporcional aos seus recursos orçamentários para amparar fraternalmente, as populações perseguidas pela selvageria governos em pleno século XXI.

De forma que migrações de povos em massa é um processo contínuo como se tem visto entre as nações, a exemplo da União Europeia e o Caso do Brasil com a opressão ditatorial na Venezuela.²⁷

É na verdade, uma dura realidade para a humanidade culta e, cientificamente iluminada em sua razão selvagem, desprovida da solidariedade, cometendo muitos outros casos catastróficos

²⁵ P. VISENTINI, *O caótico século XXI*, Rio de Janeiro, Alta Books, 2015.

²⁶ P. COCKBURN, *A Origem do Estado Islâmico: O Fracasso da "Guerra ao Terror" e a ascensão jihadista*, São Paulo, Autonomia Literária LTDA-ME, 2018.

²⁷ M. FREIRE, *Venezuela: análise de um País em crise e a entrada de imigrantes refugiados para o Brasil*, Aracaju, Universidade Tiradentes, 2019.

ambientais, colocando em risco a humanidade e comprometendo a vida planetária.²⁸

Um cenário mundial onde a humanidade tem vivenciado, práticas racionais legitimadas, dissociadas de dogmas morais, distantes do espírito dos antigos, dos valores e das práticas solidárias, em nome de normas concebidas sob uma razão pura e, que se materializam, com plena efetividade, resultando atos de *lesa humanidade*.

Mas os prejuízos com os avanços da humanidade, em detrimento à solidariedade, não paralisaram os anseios pela busca da verdade, que vislumbram no dataísmo um novo paradigma que dissemina a promessa de superação, de realizar as aspirações humanistas da saúde, da felicidade, do poder e da imortalidade, aqui na terra e não no céu.

Não obstante, surge uma nova pandemia nos presentes dias, supostamente uma guerra biológica envolvendo a China, que afetou todos os povos do planeta com o coronavírus (COVID-19).

A humanidade está impotente, o mundo em quarentena há mais três meses, a economia mundial parou e as nações beirando falência, gastando-se as reservas nacionais, com as novas buscas científicas sendo realizadas, na esperança de combater este mal.

Seus efeitos já atingiram 188 países em todos os continentes, infectou 5.832.165 pessoas, com 360.860 mortes, até o dia de hoje, pela tarde de sexta-feira, 29 de maio de 2020, segundo dados da Organização Mundial da Saúde.

Restando aos povos invocar a prática da antiga solidariedade para resgatar a vida com dignidade, enquanto não descobrem a vacina contra o COVID-19. Neste sentido de solidariedade, os Estados Unidos fizeram a doação de US\$ 1,2 bilhão (mais de R\$ 6,6 bilhões) ao laboratório britânico “AstraZeneca” para acelerar o desenvolvimento de uma vacina contra o novo coronavírus.

²⁸ U. BECK, *Sociedade de Risco Mundial: em busca da segurança perdida*, Lisboa, Leya, 2018.

E nesta fraternidade planetária são realizadas práticas solidárias, similares às dos Estatutos Antigos mediante remissão de dívidas e perdão, paralização laboral, doações de riquezas, como a ação da blogueira de moda italiana Chiara Ferragni e seu marido, o *rapper* Fedez, doaram 100 mil euros para o hospital San Raffaele, em Milão e, posteriormente arrecadou 2 milhões de euros.

Assim, a solidariedade foi externada por diversas formas vistas com ações de muitas pessoas como Donatella Versace, e sua filha Allegra doaram 200 mil euros. O estilista italiano Giorgio Armani doou 1,25 milhão de euros para a Agência de Proteção Civil da Itália e hospitais do país.

Um movimento de solidarismo visto entre todos os povos dos continentes, evidenciando práticas solidárias nacionais e internacionais, como o “Hospital de Base” no Brasil que recebeu doação de 1 mil euros de fontes italiana.

Como também o casal de atores Ryan Reynolds e Blake Lively que doou US\$ 1 milhão para serem divididos entre a “Feeding America” e o Food Banks Canadá por meio da ONG “Clara Lionel Foundation”, da qual é uma das fundadoras, Rihanna que fez uma doação de US\$ 5 milhões. Um movimento de solidariedade como nunca existira na história da humanidade.

E diante de eternos desafios humanistas muitos ainda sem respostas, existe a agravante percepção do risco de se abandonar a visão antropocêntrica em prol da visão datacêntrica. Restando por fim, uma segunda interrogante, a favor da solidariedade dos antigos: “O que é mais valioso – A inteligência ou a consciência?”²⁹

6. Considerações finais

Este artigo teve por objetivo refletir sobre a solidariedade hebraica como Estatuto dos Antigos, precursor de direitos humanos fundamentais contemporâneos. Utilizou-se de metodologia

²⁹ Y. N. HARARI, *Homo Deus: uma breve história do amanhã*, São Paulo, Companhia das Letras, 2016, p. 399 ss.

empírica, qualitativa e da dialética em seu desenvolvimento. Resultando nas seguintes constatações.

A origem das práticas de solidariedade, na concepção pré-moderna, é identificada no período que vai do Mundo Antigo até o fim da Idade Média, em contraposição à desigualdade social. Contexto geopolítico do qual a sociedade entre os povos que mais se destacou foi a comunidade hebraica.

As origens das práticas solidárias hebraica advêm dos Mandamentos revelados pelo Deus dos hebreus o “Eu sou o que sou – Yhwh”, ao Líder Moisés, durante o Êxodo do Egito, quando o povo retornava para Canaã, a sua terra de origem.

Os quais eram uma norma estatutária, Estatuto ou Mandamentos Sagrados, que se consolidaram como um regime de direito, positivado no Código de Leis dos hebreus, similar às Constituições Mesopotâmicas da época.

Neste regime de direito dos hebreus se reconhecia a todos, indistintamente, a dignidade inerente ao ser humano, a qual detinha direitos iguais e inalienáveis. Era um fato sagrado que deveria ser manifestado, por ordem legal expressa, mediante as práticas do Solidário Nacional Descanso, ou o Descanso Sabático.

O qual deveria ser praticado por todos. Tanto pelos livres quanto escravos, como pelos migrantes e estrangeiros, seguindo os procedimentos prescritos sob três aspectos distintos: o dia de sábado, quando toda comunidade deveria repousar, tendo um dia de descanso na terra; o Ano Sabático, quando o descanso ocorria a cada sete anos; o ano de Jubileu, que ocorria após cada 49 anos.

Esta solidariedade hebraica era, para além de uma crença, um procedimento normativo consciente, operacionalizado sob um processo específico para alcançar objetivos nacionais: promover ampla e saneadora remissão e perdão de dívidas; realizar o descanso coletivo global entre todos os seres racionais e os seres irracionais; amparar e assistir aos desfavorecidos; manter a vida na fauna e na flora; dar descanso à terra; recuperar a plena capacidade produtiva da terra, prover vida digna, compreender e manter o senso de humanidade que deveria existir entre os seres humanos; conceder a

alforria plena; dar liberdade e autonomia aos oprimidos; reconstruir vida individual e coletiva dignas; restituir possessões; abolir toda sorte de trabalhos e a escravidão; paralisar a exploração da terra.

Evidenciando que aquele regime de direito visava realizar efetivamente um resgate universal entre o povo hebreu, com fundamentos distintos das demais sociedades, daquela época, quanto à presença do espírito solidário, em contraposição à desigualdade social.

Pois, diante do Estatuto Sagrado, em seu regime de direito consolidado no Código de Leis do povo hebreu, se concebiam os mandamentos prescritos sobre o Solidário Nacional Descanso, enquanto uma práxis que deveria levar o povo a praticar, em seu cotidiano cultural, um processo de ensino e aprendizagem universal.

De modo que a sociedade aplicando estas práticas em concreto, no seu dia a dia, obrigatoriamente conforme os períodos, prazos e *modus operandi* legais pré-determinados, resultaria necessariamente na materialização efetiva do reconhecimento da dignidade inerente a toda criatura humana e de seus direitos iguais e inalienáveis.

Direitos estes que constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz. Além de promover a necessária compreensão e conscientização, mediante um resgate identitário pleno e universal. Uma vez que as práticas solidárias são também práticas educadoras obrigatórias. Pelas quais possibilitavam a todos os membros daquela sociedade alcançar o pleno desenvolvimento de suas personalidades.

E, conseqüentemente, a busca pelo resguardo à existência de vida digna, de direito, de juízo e de justiça com equidade, às liberdades, à igualdade, à segurança e ao meio ambiente saudável, tanto para a presente quanto para as gerações futuras, como sinônimo de desenvolvimento, de bem estar individual e coletivo, autossustentáveis.

Conclui-se que a solidariedade hebraica advinda da crença nos Mandamentos, tipificava um regime de direito positivado no Estatuto Sagrado ou Código de Leis do povo hebreu, que prescrevia procedimento normativo, específico a ser realizado pelo Solidário Nacional Descanso, ou o Descanso Sabático.

E que o mesmo se tornou um princípio estruturante da nação por meio da sua prática efetiva, que outorgava concretude à dignidade e autonomia ao ser humano. Além de ter sido transformado em regra jurídica, criada e aplicada pelo uso racional, da inteligência humana e associada à consciência do valor da dignidade do ser humano.

Assim os antigos hebreus compreendiam que o necessário resgate da criatura humana deveria dar-se não pela força legal legitimada e positivada pela razão pura. Mas de modo inteligente e consciente, visto que são faculdades inatas, valiosas na prática racional e afetiva na vida cotidiana daquela sociedade. Fortalecendo a nação para as práticas regulamentadas nas épocas prescritas.

Conferindo plena eficácia ao processo do Solidariedade Nacional Descanso, que se resumia em amar ao Deus dos hebreus e ao próximo como ele mesmo. Resultando que a razão utilitarista não se sobrepunha à necessidade do outro.

Mas que cada um consciente da sua dignidade se colocaria no lugar do outro conferindo-lhe a dignidade que almejava para si mesmo. E desta forma a nação evitaria práticas corruptas, o espírito da ganância, a opressão, a exploração e, que o povo se desvirtuasse dos princípios vitais norteadores da existência de vida digna, gerando bem-estar individual e coletivo.

Desta forma, a solidariedade hebraica é uma realidade histórica pela qual permite dizer que a foi a precursora de valores consagrados após a Segunda Grande Guerra Mundial, manifestamente reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, considerando que a dignidade é inerente a toda criatura humana e que os seus direitos humanos são iguais e inalienáveis, os quais constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz.

Fenômeno político-jurídico que trouxe um novo paradigma de Direito Constitucional para o mundo contemporâneo, positivando estatutos normativos sob regras e princípios de direitos humanos universais entre as nações e de natureza fundamental entre os povos de *per si*, tais como dignidade humana, justiça social, existência de vida digna, liberdade, igualdade formal, justiça social, e meio ambiente sustentável.

O que torna possível, portanto, afirmar que a solidariedade hebraica era um regime de direito antigo não só precursor de direitos humanos fundamentais contemporâneos como também uma garantia fundamental para a construção de existência de vida digna e pacífica, com o objetivo maior de restabelecer e de equilibrar a ordem natural.

Razões pelas quais o povo hebreu obteve destaque entre as sociedades da época, quanto à presença e às práticas do espírito solidário, em contraposição, imperiosa, à desigualdade social, que já se revelava como uma grave questão social desde então.

Referências

AGUDELO H., *La geopolítica en el Medio Oriente y el nuevo orden mundial después de la guerra del Golfo Pérsico 1991*, in *El Cuaderno Ciencias Estratégicas*, 2009, vol. 3, n. 5.

BARBOSA C. A., LOPES M., *A historiografia da Revolução Mexicana no limiar do século XXI: tendências gerais e novas perspectivas*, in *História*, 2001, vol. 20.

BECK U., *Sociedade de Risco Mundial-em busca da segurança perdida*, Lisboa, Leya, 2018.

CARVALHO K. G., *Direito constitucional - teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo*, Belo Horizonte, Del Rey, 2009.

COCKBURN P., *A Origem do Estado Islâmico: O Fracasso da “Guerra ao Terror” e a ascensão jihadista*, São Paulo, Autonomia Literária LTDA-ME, 2018.

CYTRYNOWICZ R., *Memória da barbárie: a história do genocídio dos judeus na segunda guerra mundial*, São Paulo, Nova Stella, 1990.

DALLARI D. A., *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 1985.

FILORAMO G., *Storia delle religioni. Le religioni dell’India e dell’Estremo Oriente*, Bari, Laterza, 1996, vol. 4.

FREIRE M., *Venezuela: análise de um País em crise e a entrada de imigrantes refugiados para o Brasil*, Aracaju, Universidade Tiradentes, 2019.

FURTADO G., RODER H., AGUILAR S., *A guerra civil síria, o oriente médio e o sistema internacional*, in *Série Conflitos Internacionais*, 2014, vol. 1, n. 6.

GASDA É., *Tráfico de pessoas na sagrada escritura*, in *REMHU: Revista Interdisciplinar da HERANCA JUDAICA*, 2013, vol. 21, n. 41.

GUARINELLO N. L., *A história antiga contemporânea*, São Paulo, Contexto, 2013.

GUERRAS M. S., *O Imperador Teodósio e a cristianização do Império*, in *Classica-Revista Brasileira de Estudos Clássicos*, 1992.

JOSEFO F., *História dos hebreus*, Rio de Janeiro, Casa Publicadora das Assembleias de Deus, 2015.

KUHN T. S., *La estructura de las revoluciones científicas*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2006.

MARTIN M., *O Imperador Teodósio e a cristianização do Império*, in *Clássica: Revista Brasileira de Estudos Clássicos*, 1992.

POZZER K. M. P., *O exercício do direito na Mesopotâmia Antiga*, in *Justiça & História*, 2002, vol. 2, n. 3.

RABIN C., *Pequena história da língua hebraica*, São Paulo, Summus, 1973.

SONDHAUS L., *A Primeira guerra mundial: história completa*, São Paulo, Contexto, 2013.

SORJ B., *Geopolítica e cultura: a trajetória de Israel*, in *História*, 2014, vol. 33, n. 2.

STEINER J. E., *A origem do universo*, in *Estudos avançados*, 2006, vol. 20, n. 58.

VISENTINI P., *O caótico século XXI*, Rio de Janeiro, Alta Books, 2015.

ZAGREBELSKY G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, vol. 2.

XI

Solidarity and use of language in courts: who is entitled to speak?

*Alexander Teutsch**

Summary: 1. Introduction. Brief remarks concerning the nature of Solidarity and the ECJ's role in shedding light on this vague principle – 2. Language, minorities, Solidarity: a difficult tricolon? – 2.1. Different approaches and different rights – 2.2. The peculiar situation concerning language rights in courts – 2.3. Territoriality and personality: two sides of the same coin? – 3. ECJ case law impact due to Solidarity and on Solidarity – 3.1. It all began in a small town in Belgium... – 3.2. German native speakers on Italian (or South Tyrolean) territory: *Bickel & Franz* – 3.3. *Grauel Rüffer*: fixing the weak spots or *déjà vu*? – 4. Impact and unexpected outcomes – 4.1. South Tyrol and Italy in general – 4.2. Other Italian regions and European Union Member States – 5. Conclusions.

1. Introduction. Brief remarks concerning the nature of Solidarity and the ECJ's role in shedding light on this vague principle

Over the years, Solidarity has proved to be a rather ambiguous concept that urges to be filled with meaning.¹ This lack of concrete

* LLM candidate, School of Law, Erasmus University Rotterdam. The author would like to thank Dr. Matthias Haller for his insightful comments on a previous version of the present article.

¹ Among others: E. KÜÇÜK, *Solidarity in EU Law: An Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, n. 6, p. 965 ss.

substance is dangerous at both national and supranational level since it lends itself to political manipulation unless provided with legal value.² Even though the concept of Solidarity as sociological category has been at the core of human existence for a very long time, leading – among other things – to the creation of welfare states,³ it remains an elusive concept that oscillates between being a guiding principle and a legal norm and is deemed to deserve rethinking on various levels.⁴ While Solidarity is essential in order to guarantee amicable coexistence among Member States and even their citizens – internally as well as in their external relationships⁵ – which answers the question concerning the “why” one should act in spirit of Solidarity, further inquiries regarding the actual “when” and the “how” need to be conducted. This issue concerns tragic and alarming scenarios like terrorist attacks and natural (or man-made) disasters as envisaged by art. 222 TFEU⁶ as well as entitlement to

² P. HILPOLD, *Solidarität als Rechtsprinzip: Völkerrechtliche, Europarechtliche und Staatsrechtliche Betrachtungen*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 2007, n. 55.

³ *Ibidem*.

⁴ *Ex multis*: S. OOSTERLYNCK, M. LOOPMANS, N. SCHUERMANS, J. VANDENABEELE, S. ZEMNI, *Putting flesh to the bone: looking for Solidarity in diversity, here and now*, in *Ethnic and racial studies*, 2016, n. 5, p. 764 ss.

⁵ Solidarity is mentioned several times in the EU treaties: apart from the preamble, one can find it enshrined, for instance, in article 2 TUE, where it is listed as one of the common values to the MS, and article 3 TUE, where Solidarity between generations and among Member States is foreseen.

⁶ See for example: P. HILPOLD, *Filling a Buzzword with Life: The Implementation of the Solidarity Clause in article 222 TFEU*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, n. 5; T. RUSSO, *Natural and Man-Made Disaster: Solidarity Among Member States*, in C. JIMENEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASQUAL VIVES (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law – Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 3 ss.; M. DEL CHICCA, *Solidarity among Member States in case of a Terrorist Attack*, in C. JIMENEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASQUAL VIVES (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law – Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 27 ss.

social assistance by an EU national in another Member State⁷ or the stabilization process of European Monetary Union⁸ alike.

Thus, nobody questions the *id*; dispute arises when discussions shift to the *quando*, the *quantum* and the *quomodo*. While Solidarity constitutes or, at least, should constitute a common value to Member States, the common feature to all aspects of this value is on the one hand its capacity to inspire European actions – by both Union and MS – and on the other hand, given its vague nature, the need for it to be construed and shaped by the ECJ in order to sort out when Solidarity is at play and how to behave so as to uphold this value.⁹

2. Language, minorities, Solidarity: a difficult tricolon?

After having pointed out some of the issues encompassing European Solidarity, it is now important to address the relationship between three concepts strictly connected to each other in order to move closer to the actual topic of the present paper. The idea of Solidarity is, implicitly or explicitly,¹⁰ intrinsic to both minorities

⁷ Among others: L. PASQUALI, *The Entitlement of Migrant Union Citizens to Social Assistance in the Host Member State: Which Kind of Solidarity?*, in C. JIMENEZ PIERNAS, L. PASQUALI, F. PASQUAL VIVES (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law – Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 55 ss.

⁸ Again, *ex multis*, P. HILPOLD, *Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the ‘Islands of Solidarity’ with Particular Regard to Monetary Union*, in *Yearbook of European Law*, 2015, n. 1, p. 259.

⁹ E. KÜÇÜK, *Solidarity in EU Law: An Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance?*, cit., p. 966 ss.

¹⁰ See the famous definition given by Capotorti: “A minority is a group numerically inferior to the rest of the State’s population, in a non-dominant position, whose members – though having the nationality of the State – possess ethnic, religious or linguistic characteristics that differ from those of the rest of the population, and show, if only implicitly, a sense of solidarity directed to preserving their culture, traditions, religion or language” (emphasis added). Cf. F. CAPOTORTI, *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic Religious and Linguistic Minorities*, New York/Geneva: UN Center for Human Rights, 1979.

itself¹¹ and measures taken by states to protect minorities, such as recognizing them and granting them rights.¹²

Now, while this line of reasoning might be compelling and rather obvious, it enables to draw one out of many features common to minorities: language. Language, provided we are dealing with a language that differs from a state's official language, plays a fundamental role when it comes to understanding and protecting minorities and their rights.¹³

Thus, the circle can be closed: minority protection is inspired by Solidarity (sometimes by political opportunity as well, as will be shown later);¹⁴ granting language rights is one of the essential steps to show Solidarity.¹⁵ Consequently, it fills the principle of equality with substance.¹⁶

2.1. Different approaches and different rights

It needs to be pointed out that a merely negative approach to language rights, where using a second language with the authorities is merely tolerated, might often not be sufficient to fit the bill.

¹¹ As stated already 90 years ago by the Permanent Court of International Justice a minority is: "A group of persons living in a given country having a race, religion, language and tradition in a sentiment of *solidarity*, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, ensuring the instruction upbringing of their children in accordance with the spirit and traditions of their race and mutually assisting one other" (emphasis added). See P.C.I.J., *Greco-Bulgarian "Communities"*, Advisory Opinion of July 31st, 1930, Series B, n. 17, p. 33.

¹² See X. ARZOZ, *Language Rights as Legal Norms*, in *European Public Law*, 2009, n. 4, p. 552.

¹³ *Ibidem*. Some scholars even claim that "language rights cannot be treated without dealing with minority rights in general", underlining the tight bond between these two topics. See G. TOGGENBURG, G. RAUTZ, *The Protection of Minorities in Europe – A legal compendium leading from A-Z*, Bozen/Bolzano, 2012.

¹⁴ The Lisbon treaty considers both solidarity and minority rights, therefore also language rights, at art. 2 TEU, see fn. 6.

¹⁵ In addition, minority language rights have another thing in common with solidarity: they mostly have programmatic character that needs to be further outlined by ordinary legislation. See, for instance, art. 6 Italian Constitution.

¹⁶ B. DE WITTE, *Linguistic equality a study in Comparative Constitutional Law*, in *Journal of Language and Law*, 1985, n. 2.

A negative approach, also referred to as “human rights approach”¹⁷ and “first type approach”,¹⁸ only represents a starting point for language rights, preventing discrimination and assimilation, but does not go at great length to ensure certain “positive” rights that entail costs and effort on the part of States.¹⁹

A shift towards a “second type” is visible when concrete measures are taken in order to enhance the use of a minority language at administrative level, setting rules on when and how this is supposed to happen.²⁰

Lastly, a third type is feasible, if a foreign language spoken by “second generation” members – as, for example, a kindergarten in a language employed by a large community of foreigners – is used.²¹

2.2. The peculiar situation concerning language rights in courts

Language use in the administration of justice partially eludes the concepts outlined in the precedent subsection. This is because some additional distinctions need to be made in order to avoid an overlapping of definitions.²² The right to understand the trial language is at the very core of the right to a *fair trial* and is neither

¹⁷ This concepts origin from the international protection of minority rights which generally tends to be rather “soft”. The EU has not seen a priority in protecting minorities for quite some time either, since without an “EU majority” one can hardly speak of an “EU minority”. This led to a paradoxical situation where, in 1993, pursuant to the *Copenhagen criteria*, candidate MS where required to have “respect for and protection of minorities”, a standard that, up to this point, had not been imposed at EU level. See M. GIALUZ, *Assistenza linguistica nel processo penale – un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e diritto fondamentale*, Padova, 2018, p. 25 ss.

¹⁸ See G. POGGESCHI, *Language Rights and Duties in the Evolution of Public Law*, Baden-Baden, Nomos, 2013, p. 26.

¹⁹ See X. ARZOZ, *Language Rights as Legal Norms*, cit., p. 546 ss. Generally, States are not forced to positively support minority languages. For instance, article 27 ICCPR only envisages a prohibition of denial of minority language rights.

²⁰ G. POGGESCHI, *Language Rights and Duties in the Evolution of Public Law*, cit., p. 24 ss.

²¹ *Ibidem*, p. 25.

²² See K. HENRARD, *Language and the Administration of Justice: the International Framework*, in *Journal on Minority and Group Rights*, 2000, n. 2, p. 80 ss.

a language right of type one (first type) nor of type two (second type). It applies to everybody who has insufficient knowledge of the language employed by the officers of the court and has, therefore, the right to an interpreter.²³ The difference between trial fairness and language rights in court has been made very clear 20 years ago by the Canadian Supreme Court:

“The right to a fair trial is universal and cannot be greater for members of official language communities than for persons speaking other languages. Language rights have a totally distinct origin and role. They are meant to protect official language minorities in this country and to insure the equality of status of French and English”.²⁴

Due to the “totally distinct origin and role” of (minority) language rights, a member of a minority – unlike “everybody” – is entitled to use the minority language regardless of sufficient knowledge of the official/majority language, which amounts to a language right of type one.²⁵ This first type of language rights is the amount of protection required at supranational level enshrined in several documents.²⁶

If the language right goes beyond the “minimum guarantee” of fair trial, by allowing a whole trial to be conducted in the minority

²³ As enshrined in several supranational documents, for example: art 14(3) (f) of the ICCPR and art. 6(3) (a) and (e) ECHR and recently at EU-level, see Directive 2010/64/EU. Poggeschi, however, in his classification does not distinguish between this “human rights” approach to language rights/first type and fair trial rights.

²⁴ Supreme Court of Canada, Judgment of May 20th, 1999, n. 26416, *R. V. Beaulac*, S. C. R., n. 1, p. 768, at par. 41.

²⁵ The irrelevance of language knowledge has been pointed out by the Italian Constitutional Court in favor of the Slovenian minority in Friuli Venezia Giulia as early as 1982: see Judgment of January 20th, 1982, n. 28. Later on, see Judgment of February 5th, 1992, n. 62 and of January 22nd, 1996, n. 15, a similar verdict has been repeated where the Court envisages a mere “interference” (“interferenza”) between language rights and trial fairness, no overlapping (“coincidenza o sovrapposizione”) see judgment 62/1992, *Conclusions on points of law*, par. 7.

²⁶ See *European Charter for Regional or Minority Languages* (Strasbourg, 1992) art. 9.1(a); *Framework Convention for the Protection of National Minorities* (Strasbourg, 1995) art. 10(2); *Barcelona Convention (Universal Declaration of Linguistic Rights)* (Barcelona, 1996) articles 15-22.

language, we are dealing with a language right of type two.²⁷ This second type of language rights is clearly a positive right, since it requires States to make sure judges and prosecutors have sufficient command of both languages and keep an impartial attitude towards them.

2.3. Territoriality and personality: two sides of the same coin?

These different types of language rights can furthermore be guaranteed according to two principles, namely territoriality and personality. While the former confines language rights to a certain geographic area,²⁸ the latter assures protection to members of a minority and/or a linguistic group.²⁹

These two principles have to bear many exceptions due to partially conflicting national provisions but also, and foremost, due to supranational law (in this particular case: EU law).

Thus, it is opportune to focus on how these domestic language provisions are altered by ECJ case law, leading to a rethinking of national Solidarity, its *pros* and its *cons*.

3. ECJ case law impact due to Solidarity and on Solidarity

In the present section, three cases will be analyzed in order to show the evolution in reasoning by the ECJ³⁰ as well as a different perception of Solidarity on the part of MS (especially Italy). A path with the total duration of 30 years (1985-2015) will be outlined,

²⁷ G. POGGESCHI, *Language Rights and Duties in the Evolution of Public Law*, cit., p. 26.

²⁸ S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale – Diritto all'interprete e tutela delle minoranze riconosciute*, Padova, CEDAM, 2010, p. 241 ss.

²⁹ Among many examples, territoriality is foreseen in the Italian legal order both by the Code of criminal procedure (“Codice di procedura penale”), at art. 109 and the “Historical language minorities Act” (“Norme in materia di tutela delle minoranze storiche linguistiche”), of December 15th, 1999, n. 482. Prime example for personality – as far as language use in court is concerned – is Canada.

³⁰ Moving along, as will be shown, from “social advantages”, arising from free movement of workers, to “non-discrimination”, up to “EU citizenship”.

aiming at making positive and problematic aspects visible and, lastly, illustrate how these aspects could reflect on current challenges.

3.1. It all began in a small town in Belgium...

The first case that is of interest when dealing with language rights in court and Solidarity is *Mutsch*.³¹ The defendant in a criminal proceeding, Robert Heinrich Maria Mutsch, was a Luxembourg national who was living and working in a German speaking district in Belgium. Pursuant to an act from 1935³² that at art. 17(3) granted Belgian citizens residing in a German speaking area the right to choose German as trial language – thus, a language right of type two – he requested the trial to be held in that language.

This was allowed by the court of first instance (“Tribunal correctionnel”) but then appealed by the prosecutor who claimed that the aforementioned provision was to be applied to Belgian citizens only, provided they fulfilled the requirement of residency.

The Court of appeal (“Cour d’appel”) referred the question to the ECJ, since it envisaged a possible incompatibility with (then) Community law, asking the Court in quite general terms whether an act that allowed only Belgian citizens to ask for a trial to be held in German was compliant with art. 220 of the ECC securing:

“the protection of persons and their enjoyment of rights under the same conditions as those accorded by each Member State to its own nationals”.³³

The ECJ did not base its judgment on this article, as it determined it would not entail directly applicable provisions unless States entered negotiations with each other.³⁴ By doing that, the Court goes in a different direction and finds another legal parameter to solve the matter at hand.

³¹ ECJ, Judgment of July 11th, 1985, *Public Prosecutor’s Office v. Robert Heinrich Maria Mutsch*, case C-137/84 (hereinafter: *Mutsch*).

³² Act of June 15th, 1935, *On language use in judicial matters (über den Sprachengebrauch in Gerichtsangelegenheiten)*.

³³ See *ibidem*, at par. 5.

³⁴ This was also suggested by the Commission, see *ibidem*, at par. 8.

As mentioned before, Mr. Mutsch was a worker; the ECJ made use of this circumstance to grant him equal treatment due to his worker status stating that:

“The question referred by the Cour d’Appel, Liège, must be resolved in the light of all the provisions of the Treaty and of secondary legislation which may be relevant to the problem”.³⁵

Thus, it held that this case falls within the scope of free movement of workers enshrined in art. 48 and 49 of the Treaty (now art. 45 and 46 TFEU).³⁶ Next to the Treaties, the Court also found a relevant piece of secondary legislation: Regulation n. 1612/68, at art. 7 puts national workers and nationals from other MS on equal footing and prohibits discrimination by reason of nationality.³⁷

Therefore, the ECJ extends the scope of application of language use in court to those entitled to benefit from the “same social and tax advantages as national workers”, as foreseen by art. 7(2),³⁸ using a different language allowed in a certain jurisdiction being one of these.³⁹

Presumably afraid of possible outcomes in its own country, the Italian Government intervened supporting the prosecutor’s

³⁵ *Ibidem*, at par. 10.

³⁶ *Ibidem*, at par. 8 and par. 12.

³⁷ *Ibidem*, at par. 8.

³⁸ As made clear by De Witte, the Court (at par. 17) construes “social advantages” as “advantages which this regulation extends to workers who are nationals of other Member States are all those which, whether or not linked to a contract of employment, are generally granted to national workers primarily because of their objective status as workers or by virtue of the mere fact of their residence on the national territory”. According to consolidated findings in a prior judgment (ECJ, Judgment of May 31st 1979, *Even*, case C-207/78), that – interestingly enough – not only originated from the same court of appeal (!) but also constitutes a rare example of a case where a social advantage could be assigned only to nationals: war pensions. See B. DE WITTE, *Il caso Mutsch: libera circolazione dei lavoratori e uso delle lingue*, in *Il Foro Italiano*, 1987, n. 2, p. 10.

³⁹ See *Mutsch*, cit., at par. 16: “The right to use his own language in proceedings before the courts of the Member State in which he resides, under the same conditions as national workers, plays an important role in the integration of a migrant worker and his family into the host country, and thus in achieving the objective of free movement for workers”.

viewpoint on three grounds: first of all, it plays the “minority card” (as will be shown later on, a common pattern) by saying that:

“provisions adopted for the benefit of an officially recognized minority can only concern persons who are members of that minority and reside in the area where that minority is established”.

Moreover, it deems art. 220 of the treaty to not be directly applicable to the case; lastly, it claims that social advantages as envisaged by art. 7(2) need to be, at least indirectly, connected to social affairs.⁴⁰

The ECJ does indeed not insist with art. 220 ECC, considered not directly applicable, and more importantly – unlike the opinion by Advocate General Lenz⁴¹ – no ink was spilled on the minority issue either. The Court limits its reasoning to the free movement of workers and equality of treatment.⁴² However, the third point the Italian Government made was addressed, since the ECJ goes beyond the economic sphere intrinsic to financial aid when speaking about “social advantages”.⁴³

⁴⁰ *Ibidem*, at par. 9.

⁴¹ Opinion of Advocate General Lenz in *Remia BV and others v Commission of the European Communities*, case 42/82 delivered on March 28th, 1985. In this opinion, the AG Lenz criticized the Italian Government for raising the minority issue, since the Belgian act from 1935, while presumably meant to protect the German-speaking minority, does not use words like “minority language”, “national language” or “native language”. The Italian Government was also heavily criticized by a scholar who found its proposal to solve the issue by nominating a translator “somewhat perverse”. See A. ARNULL, *Social Advantages and Language Barrier*, in *European Law Review*, p. 346. The distinction between language rights and fair trial, that has been clearly missed here, is explained *supra* subsection 2.2.

⁴² See *Mutsch*, cit., at par. 18: “the principle of free movement of workers, as laid down in article 48 of the Treaty and more particularly in Regulation No. 1612/68 of the Council, requires that a worker who is a national of one Member State and habitually resides in another Member State be entitled to require that criminal proceedings against him take place in a language other than the language normally used in proceedings before the court which tries him if workers who are nationals of the host Member State have that right in the same circumstances”.

⁴³ *Ibidem*, at par. 15, where the court cites the fifth recital in the preamble to Regulation 1612/68: “The right of freedom of movement, in order that it may be exercised, by objective standards, in freedom and dignity, requires that equality of

Summing up, the court massively extends the use of a language “other than the one normally used”, at two conditions: having the status of a worker and “habitually reside” in the territory in question.

Now, there are several remarks to be made about this judgment. Apart from those who welcomed the decision for its findings, some authors figured that spreading the range of action of acts meant to protect a minority was not, generally speaking, in the spirit of minority legislation, especially if some rights were not even enjoyed by the “majority”,⁴⁴ leading to some kind of *reversed discrimination*.⁴⁵

Others claimed the link between workers’ rights and language use in court to be rather unclear and that other, more fundamental, rights had *a fortiori* to be guaranteed to workers, which back then was not the case.⁴⁶ In addition, it has not been left unsaid that, perhaps, finding a way to grant the same language rights to all citizens of others MS would have been even more desirable.⁴⁷ All these critiques have, to some extent, their right to exist.

treatment shall be ensured in fact and in law in respect of all matters relating to the actual pursuit of activities as employed persons and to eligibility for housing, and also that obstacles to the mobility of workers shall be eliminated, in particular as regards the worker’s right to be joined by his family and the conditions for the integration of that family into the host country”. Immediately after, it finds enjoying the same language rights in criminal proceedings as national workers to be compliant with the values expressed in the preamble (par. 16).

⁴⁴ O. FIUMARA, in *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, 1986, n. 2, p. 766 ss. This critique was not referred to the concrete situation at hand, since, as pointed out by AG Lenz (see fn. 40), no minority was actually involved. It simply proves the difficult relationship between language rights and EU law.

⁴⁵ This argument has been raised also later with regard to *Bickel & Franz* (Case 276/96) and the situation in South Tyrol as will be shown in the following sections.

⁴⁶ P. MORI, *Sulla facoltà di usare la lingua madre in un procedimento giudiziario nello Stato membro di soggiorno*, in *Giustizia civile*, 1986, n. 1, p. 2062 ss., especially referring to political rights, such as voting. In fact, the Belgian Act from 1935 only lists residency as a prerequisite, not employment. A critical reading could envisage an *ad absurdum* interpretation of *Mutsch*, since even unemployed citizens who are residents in the German-speaking district are allowed to use this language in court.

⁴⁷ Among others: B. DE WITTE, *Il caso Mutsch: libera circolazione dei lavoratori e uso delle lingue*, cit., p. 13.

If one tried to analyse *Mutsch* according to the principles explained before, one could conclude that a second type language right, granted on a territorial basis to Belgian nationals, has been extended to potentially all workers being nationals of a MS and residing in the aforementioned area, partially eroding the personal element of nationality.⁴⁸

Mutsch might have its flaws but considering it is a pre-citizenship case the ECJ went as far as possible in trying to extend language rights in court, even though a certain self-restraint is visible. In *obiter*, it even makes some cautious reference to art. 7 of the Treaty⁴⁹ about prohibition of discrimination on the grounds of nationality, hinting at what would have come next: an extension beyond worker's status.

The path for future decisions was cleared. In terms of Solidarity, the ECJ, despite the preoccupied objections raised by the Italian Government, clearly gave a decisive imprinting to language use in court related issues.

3.2. German native speakers on Italian (or South Tyrolean) territory: *Bickel & Franz*

Eleven years after *Mutsch*, the ECJ had to rule on a reference involving Mr. Bickel and Mr. Franz, an Austrian and a German citizen respectively, who were facing criminal proceedings in South Tyrol (Italy).⁵⁰

⁴⁸ This erosion seems to be rather harmless since minority language rights and European "social advantage" can coexist without major implications. Problems could arise if the number of workers from other MS is higher than the actual number of people belonging to the protected minority, as it could require a revision of already existing administrative structures, along with a higher degree of solidarity. Again: DE WITTE, *ibidem*. This scenario, however, is highly unlikely.

⁴⁹ See *Mutsch*, cit., at par. 12 and par. 13. However, the Court almost immediately abandons this path to return to its original reasoning based on art. 48 and workers' rights.

⁵⁰ ECJ, Judgment of November 24th, 1998, *Bickel & Franz*, case C-274/96 (hereinafter: *Bickel*).

While they were not trialed for heavy offences,⁵¹ the impact of this judgment was rather strong.⁵² The two defendants, who did not speak Italian, invoked their right to obtain a trial in German, since this was (and is) possible in the bilingual province of Bolzano/Bozen due to the equalization of German and Italian enshrined in the autonomy statute (“Autonomiestatut/Statuto di autonomia”) from 1972.⁵³

This rather general rule is further elaborated by another Presidential Decree, setting out a quite specific guidance on language use in public administration and judicial proceedings.⁵⁴

Among these, strict limitations regarding people entitled to benefit from these language rights: only “citizens of the province of Bolzano”.⁵⁵

Now, many attempts have been made in order to understand what this provision was actually supposed to mean, since “citizen” is usually linked to a state, not a province. Practically speaking, what

⁵¹ Driving under the influence of alcohol and possession of an illegal type of knife at a customs inspection in the mid-1990s.

⁵² See, among many others: A. GATTINI, *La non discriminazione dei cittadini comunitari nell'uso della lingua nel processo penale: il caso Bickel*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, n. 1; P. HILPOLD, *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte in der EU. Das Vorabentscheidungsverfahren Bickel und Franz*, in *JBl*, 2000, n. 2; F. PALERMO, *The Use of Minority Languages: Recent Developments in EC law and Judgments of the ECJ*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, n. 3.

⁵³ Presidential Decree of August 30th, 1972, n. 670, at art. 99. Art. 100, instead, guarantees the use of German by German speaking citizens with the local public administration and administration of justice. Statutes of autonomous Regions have constitutional status in Italy.

⁵⁴ Presidential Decree of July 15th, 1988, n. 574. As an “implementing regulation” (“decreto di attuazione/ Durchführungsbestimmung”) this Decree has a higher status than ordinary acts.

⁵⁵ Art. 13 of the aforementioned Decree in its original drafting. This provision was later on amended, as will be shown *infra*. As stated by Toggenburg, this wording does not refer to the Italian citizenship, even though, clearly, most of those who benefit from this provision as residents in the province are Italian nationals. See G. TOGGENBURG, *Europas Integration und Südtirols Autonomie*, in F. PALERMO et al. (eds.), *Die Verfassung der Südtiroler Autonomie*, Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 462.

at first sight seems to be an expression of a personality element, actually is (*rectius*: was, prior to this judgment) linked, again, to residency, since it was common believe that only Italian nationals residing in the province could ask for a proceeding in German. Therefore, several attempts by local justices of the peace and the Tribunal (“Tribunale di Bolzano/Landesgericht Bozen”) to admit a unilingual trial in German with an Austrian or German defendant who were not residents of the province failed, as the Court of Appeal, located outside the province,⁵⁶ would uphold this strict limitation.⁵⁷

The defendants in *Bickel*, who were not residing in the territory, challenged this provision and succeeded in obtaining a referral to the ECJ.⁵⁸

The Court of Justice could count on a very detailed opinion by Advocate General Jacobs,⁵⁹ clearing the path for the decision. After some introductory remarks, the two fundamental questions are sorted out: firstly, whether the matter at hand falls within the scope of the Treaty, secondly, if the Italian rules are violating the principle of non-discrimination enshrined in art. 6 of the Treaty. The Court briefly mentions *Mutsch* in order to cite a relevant precedent *ratione materiae*,⁶⁰ even though, due to evident differences meticulously pointed out by the AG, it shifts its attention to another prior

⁵⁶ This was the case until 1996. Afterwards a separate section in Bolzano/Bozen was introduced.

⁵⁷ P. HILPOLD, *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte*, cit., p. 93.

⁵⁸ See *Bickel*, cit., at par. 11 of the judgment: “Do the principle of non-discrimination as laid down in the first paragraph of article 6, the right of movement and residence for citizens of the Union as laid down in article 8a and the freedom to provide services as laid down in article 59 of the Treaty require that a citizen of the Union who is a national of one Member State be granted the right to have criminal proceedings against him conducted in another language where nationals of the host State enjoy that right in the same circumstances?”.

⁵⁹ Opinion of Advocate General Jacobs, case C-7/97, delivered on March 19th, 1998.

⁶⁰ *Bickel*, cit., at par. 13. The ECJ stresses the importance of language rights in a “Community based on the freedom of movement and establishment”.

judgement: *Cowan*.⁶¹ As explained by the AG and further developed by various scholars, the careful approach in *Mutsch* does not allow to base the judgment at hand on findings that had been obtained there, since neither Bickel nor Franz had working status in the province.

Thus, this second judgement seems to be more appropriate to answer the questions raised by the referring Court, since analogies *ratione personae* can be drawn with a higher degree of clarity.⁶² By referring to *Cowan*, the ECJ manages to give an answer to the question regarding the applicability of the Treaty to criminal law matters. It states that while, generally speaking, rules of criminal legislation as well as criminal procedure are matters “for which the State is responsible”,⁶³ this exclusiveness, however, is limited by (then) Community law assuring equal treatment to members from other States, if this right may be compromised.⁶⁴

Grounding its judgment on prior findings in *Cowan*, the Court on the one hand upholds the fundamental right of free movement,⁶⁵ on the other hand it qualified citizens from MS who go to another MS as recipients of services who – in exercising a right related to these services – are “entitled to a treatment no less favourable”.⁶⁶ The right

⁶¹ ECJ, Judgment of February 2nd, 1989, *Ian William Cowan v Trésor public*, case C-186/87 (hereinafter: *Cowan*). A British citizen had suffered injury and violent assault as a tourist in Paris and asked for compensation according to the French code of criminal procedure. He was denied the compensation on the grounds of nationality, since this form of compensation was reserved to French nationals or citizens from other member States with residence permit. This second pre-citizenship case was a further step towards non-discrimination within the scope of the Treaty.

⁶² See Opinion AG Jacobs, cit., at par. 11 and par. 16.

⁶³ *Bickel*, cit., at par. 17.

⁶⁴ *Ibidem*, at par. 18.

⁶⁵ *Cowan*, cit., at par. 17.

⁶⁶ *Ibidem*, at par. 15; *Bickel*, cit., at par. 16. In light of this, a scholar in the aftermath of *Cowan* claimed that, pursuant to the prohibition of discrimination enshrined in art. 6, the ECJ could have adopted the reasoning employed in *Bickel* already in 1985, if *Mutsch* had been a non-resident. This begs the question, which path the Court would have taken if *Mutsch* had been working in the German speaking territory, without living

to freely move and reside is “enhanced” by the possibility to use a given language in criminal proceedings; therefore, language use in court (same as damage compensation in *Cowan*) – insofar it is qualified as services citizens from other MS are *equally* entitled to – falls within the scope of the Treaty.⁶⁷

As to the second question, i.e. whether a discrimination on grounds of nationality is identifiable, the Court states that the residence requirement constitutes a form of discrimination, since it is clear that Italian nationals meet it easier and have an advantage in terms of exercise of their language right.⁶⁸ A requirement of that kind is only admissible if independent considerations not linked to nationality exist. Moreover, these measures have to be proportionate to the legitimate aim of national provisions.⁶⁹ Since the Court found a valid precedent in *Cowan* rather than *Mutsch*,⁷⁰ one could think that the genuine link between language rights in the administration of justice and Solidarity disappeared.

However, this is not the case: in *Cowan* the French Government tried to justify its provision, restricted to nationals or persons with residence permit, by claiming that a closer bond to the State was

there. See K. LENAERTS, *L'egalité de traitement en droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 28.

⁶⁷ *Bickel*, cit., at par. 19.

⁶⁸ *Ibidem*, at paras. 24, 25. As stated by AG Jacobs in his opinion, this discrimination is indirect, since a resident who is a national from another MS, is entitled to this right at the same conditions as Italian nationals.

⁶⁹ *Ibidem*, at par 27. It has been pointed out that, even considering that an issue like minority protection constitutes a novelty in ECJ case law, here the Court goes beyond that, “killing two birds with one stone”, as the judgment turns out to be in favor of both (then) Community citizens and minorities. See F. PALERMO, *The Use of Minority Languages*, cit., p. 311; P. HILPOLD, *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte*, cit., p. 99.

⁷⁰ Even though clear analogies are recognizable, since the ECJ in *Bickel* states that the situation in the province of Bolzano leads to a “disadvantage” for citizens from other MS whose language is the same. The word choice resembles the “social advantage” argument in *Mutsch*.

needed since compensation is a right that constitutes a manifestation of “national Solidarity”.⁷¹

This is interesting, since a similar argument was raised by the Italian Government in *Bickel* when it suggests that the Italian rule was aimed at protecting the ethno-linguistic minority residing in South Tyrol, playing – according to the ECJ – the minority card inappropriately (again).⁷²

Now, while the ECJ recognizes minority protection as a legitimate aim, the proportionality criterion is not met,⁷³ as residence is in no way related to or necessary for the “service” of language use and the extension to German speaking nationals would not undermine this aim.⁷⁴ In *Cowan*, the reasoning was similar since, again, a citizen from another MS had to be qualified as a recipient of a service, a service that, if restricted to nationals or residents, limits its freedom of movement.⁷⁵

Thus, the ECJ in both cases, *Cowan* and *Bickel*, extends “national Solidarity” provisions to European citizens on the grounds of non-discrimination. The AG in *Bickel*, however, had suggested a different solution, based on the – back then lately introduced – concept of Union citizenship, which, instead of a closer bond between member States and its citizens, suggested a common bond within the Union.⁷⁶

⁷¹ *Cowan*, cit., at par. 16.

⁷² *Bickel*, cit., at par. 21.

⁷³ *Ibidem*, at par. 29.

⁷⁴ *Ibidem*, see fn. 69. Among others: M. HALLER, *Sprachenrechte am Prüfstand des Ärztemangels*, in S. BURGER et al., *Recht und Sprache – Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht*, Universität Salzburg, 2018, p. 145.

⁷⁵ *Cowan*, cit., at par. 17.

⁷⁶ “It may be however that the time has come for even that question to be answered affirmatively. The notion of *citizenship of the Union implies a commonality of rights and obligations uniting Union citizens by a common bond* transcending Member State nationality. The introduction of that notion was largely inspired by the concern to bring the *Union closer to its citizens* and to give expression to its character as more than a purely economic union” (emphasis added). See Opinion AG Jacobs, cit., at par. 23.

The referring Tribunal had included this aspect in its question as well by referring to art. 8(a) in its question⁷⁷ and, in fact, the court briefly states that it applies to the case at hand⁷⁸ but, eventually, does not investigate the issue any further, as the statement made at par. 27 regarding the coexistence of both rights is very compelling.⁷⁹ As mentioned before, the Italian Government was (again) not able to make its point. The AG stated that the arguments broad forward were not convincing and even slightly incoherent. The Government remains stuck in an outdated vision on the matter at hand,⁸⁰ partially insisting with objections already overruled in *Mutsch*,⁸¹ partially insisting on the exclusiveness of the rights of German speakers in South Tyrol.

⁷⁷ See fn. 59.

⁷⁸ *Bickel*, cit., at par. 15.

⁷⁹ See A. GATTINI, *La non discriminazione dei cittadini comunitari nell'uso della lingua nel processo penale: il caso Bickel*, cit., p. 114 ss. In its conclusions, the ECJ only cites art. 6 of the Treaty.

⁸⁰ As stated by Palermo, the Government sticks to an old approach where the only beneficiaries of minority rights are those being members of this minority (personal criterion) and reside in the territory where the right is granted (territorial criterion). See F. PALERMO, *The Use of Minority Languages*, cit., p. 311. This approach is inconsistent, since the Italian judiciary is completely based on territoriality, i.e. living in a determined area, where a minority language is protected, is the relevant criterion to actually employ it according to the Italian legal order (as confirmed by the Italian Constitutional Court, judgment of June 1st, 1998, n. 213), even though precisely this aspect was not accepted by the ECJ. As admitted later on by the Government, also non-nationals have the same language rights in a proceeding, as long as they reside in the aforementioned territory (Opinion AG Jacobs, cit., at par. 33). The same applies to the non-German native speaker residing in the province who, as in practice is often the case, wants to facilitate the task for his or her lawyer (who is more comfortable making its pleadings in German, or the other way around). *Ibidem*, p. 309 ss.

⁸¹ See opinion of the AG Jacobs, cit., at par. 31, where the Government stresses that the rules on protection of minorities have an aim different from the rules on fair trial citing prior decisions by the Italian Constitutional Court (n. 62/1992 and n. 15/1996 see fn 26). For a detailed analysis of both judgments, see A. GATTINI, *La non discriminazione dei cittadini comunitari nell'uso della lingua nel processo penale: il caso Bickel*, cit., p. 114 ss, who concludes by saying that no strict opposition was made. The Court simply held that these two rights have, in the words of the Canadian Supreme Court, “a different origin and role” but interferences are by all means possible.

The Italian Government, as some years prior, favours calling an interpreter according to the ECHR minimum standards as human language right or type one, which, again, could be found “somewhat perverse”.⁸²

Apart from the possible interference between language rights and fair trial rights that has been addressed earlier, the ECJ’s main concern regards non-discrimination on the grounds of nationality, which implies that for nationals of other MS using German in courts of law located in the province of Bolzano is a mere corollary of European integration.⁸³

The minority protection argument, on the other hand, is efficiently dealt with by the AG at par. 41. Jacobs states that the problem is by far not the aim as such, but its exclusiveness. This not only represents a disadvantage for citizens of other MS due to the reasons later elaborated by the ECJ, but also is, to some extent, incoherent since, by stressing the importance of exclusive protection of the German-speaking minority, one obtains the “reverse effect”,

⁸² On the other hand also a leading scholar has given credit to this solution, criticizing the ECJ for not having considered art. 143 Italian code of criminal procedure (“Codice di procedura penale”) in its reasoning, which states that defendants who have no knowledge of the Italian language have the right to an interpreter. Reference to minorities is made by art. 109(2) that stresses – next to the territorial – also the personal argument, since it applies to those who are members of a minority. According to this viewpoint, the clear distinction made within the Italian legal order should have been considered by the ECJ, since it would imply that comparing *Mutsch*, (*Cowan*) and *Bickel* is not advisable due to significant structural differences, among these the absence of minority issues in the former judgments. See: E. PALICI DI SUNI PRAT, *L’uso della lingua materna fra tutela delle minoranze e parità di trattamento nel diritto comunitario*, in *DPCE*, 1999, n. 1, p. 171 ss. This is also affirmed by the Italian Government at par. 30 of the AG opinion, where it holds that nonresidents lack participation in “social contacts, living conditions and problems which are specific and exclusive to residents of Bolzano”. This, however, is inconsistent, as pointed out earlier, see fn. 40, where the Italian Government used the very same minority protection argument in *Mutsch*, too.

⁸³ See L. BUSATTA, *Lingua e processo: il difficile connubio tra l’estensione di un precedente e il diritto nazionale*, in *DPCE*, 2014, n. 3, p. 1248 ss.

enforcing the primacy of Italian in a predominantly German speaking territory.⁸⁴

Therefore, it can be concluded that the Italian Government, in its presumed aim to protect a minority, acted in Solidarity, missing, however, a broader interpretation of it in light of union citizenship that called into question purely national views on the matter.

A last concern of quite some importance still needs to be addressed. Even though this aspect was not raised by the Italian Government,⁸⁵ the AG deals with it in his opinion stating that, while it would be “unduly onerous”⁸⁶ for a MS to hold proceedings in every language of the Community (today: Union), no such problem arises with regard to the case at hand, since the administration of justice in the province of Bolzano/Bozen works bilingually.⁸⁷

⁸⁴ See AG Jacobs, *cit.*, at par. 41. Since the Austrian or German accused is not permitted to use his language in Court a larger number of proceedings will be held in Italian, which is of little help to the minority and thus to the underlying aim. Indeed, by expanding the possibility to have a trial conducted in German this also enhances the importance of German in the administration of justice, since it is not only employed to protect a minority but goes beyond that, moving closer to becoming a valid alternative to Italian.

⁸⁵ One could, however, maliciously claim that the unconvincing arguments broad forward by the Government in favor of a non-extension of minority language rights were a sort of “beating around the bush” to avoid organizational issues resulting in costs, as this very argument was raised later in the case *Grauel Rüdfer*, see *infra* (3.3). Even though this calls for speculation, there are only so many reasons why this extension should not have been welcomed by Italy, among these the aim to limit the importance of German as trial language, which would again constitute some sort of incoherence in terms of argumentation and solidarity.

⁸⁶ This could be read as a first reference to what later on would be called “unreasonable burden”, see *infra*.

⁸⁷ As pointed out by Hilpold, there is just one possible scenario where additional costs could arise: a bilingual proceeding with simultaneous translation. Otherwise, the extension of these language rights could even save money since no interpreter is required. P. HILPOLD, *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte*, *cit.*, p. 95. However, as will be further shown *infra*, the complete ignorance of one of the two languages, especially Italian, can increase the number of these bilingual trials that in practice are, if possible, avoided.

While *Bickel* provided many answers, some aspects remained unclear with particular regard to issues *ratione personae*; firstly, the aforementioned *reversed discrimination*: in fact, one of the questions not solved in *Bickel* is how to deal with Italian nationals not residing in South Tyrol.

While most of the Italian citizens will not be able to benefit from the “advantage” of having a trial conducted in German anyway, some of them, either because they are members of the German speaking minority and went on to live outside the province or because they are German native speakers due to other reasons, seem not to be inside the realm of the judgment at hand. Especially the former scenario is rather disturbing in terms of Solidarity, since it puts a nasty barrier between those belonging to the same minority who are residents in a certain territory and those who are not (anymore).⁸⁸

While EU law cannot always avoid these cases of reversed discrimination⁸⁹ and getting rid of these flaws is mostly up to national legislation or Constitutional Courts, it has been pointed out that it is rather concerning that citizens from other MS with, perhaps, no connection to the territory in discussion get to benefit from “privileges” while nationals of the same State are not.⁹⁰

⁸⁸ On the other hand, this was not an issue caused by *Bickel*. These distinctions existed before and after and show shortcomings in the principle of strict territoriality. This bears some issues regarding minority protection as such, since originally collective rights are shifting towards becoming individual rights. See E. PALICI DI SUNI PRAT, *L'uso della lingua materna fra tutela delle minoranze e parità di trattamento nel diritto comunitario*, cit., p. 174; M. ROSINI, *Recenti sviluppi in tema di uso delle lingue minoritarie nei procedimenti giudiziari*, in S. BARONCELLI (ed.), *Regioni a statuto speciale e tutela della lingua: quale apporto per l'integrazione sociale e politica?*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 195.

⁸⁹ See G. TOGGENBURG, *Europas Integration und Südtirols Autonomie*, cit., p. 466. Generally, the EU does not consider reversed discrimination as long as no discrimination towards other citizens is given.

⁹⁰ See A. GATTINI, *La non discriminazione dei cittadini comunitari*, cit., p. 118. This unfavorable effect has been criticized in light of the fact that the choice of language often is related to practical matters (as said before, the lawyer's language of preference). Therefore, the criterion should be functional, i.e. looking at the bilingualism of the

Since residency has long been linked to territoriality, the AG and the ECJ on the one hand rightly pointed out that it is an unproportioned requirement but on the other hand did not carefully balance the impact of the judgment for Italian nationals residing outside the province of Bolzano/Bozen.⁹¹

Another issue that some scholars raised concerns the judgment's scope of application for EU citizens who are not native speakers. While it has been rightly said that the very concept of "mother tongue" or "native speaker" has become rather murky in light of a multi-ethnic and multilingual EU connected by the bond of union citizenship,⁹² some scholars claimed that the Court has made it clear to only refer to citizens whose first language is German.⁹³

Others disagree, pointing out that while the AG Jacobs, despite his openness towards a common bond uniting Union citizens transcending Member State nationality, clearly refers to German

judiciary, rather than making exclusions. See F. PALERMO, *The Use of Minority Languages*, cit., p. 312 ss.

⁹¹ See E. PALICI DI SUNI PRAT, *L'uso della lingua materna fra tutela delle minoranze e parità di trattamento nel diritto comunitario*, cit. Even though some critique is appropriate in light of this omission, the ECJ mainly dealt with the arguments broad forward by the Italian Government, reversed discrimination was not among these. Thus, also the State's advocates are to blame for not having brought to the attention of the Court this possible outcome and limited its arguments to minority protection. Truly a paradox, also in terms of national solidarity.

⁹² G. TOGGENBURG, *Europas Integration und Südtirols Autonomie*, cit., p. 465.

⁹³ Among these: A. GATTINI, *La non discriminazione dei cittadini comunitari*, cit., p. 112, fn. 25. The ECJ in its holding at par. 31 specifically states that: "Article 6 of the Treaty precludes national rules which, in respect of a particular language other than the principal language of the Member State concerned, confer on *citizens whose language is that particular language* and who are resident in a defined area the right to require that criminal proceedings be conducted in that language, without conferring the same right on *nationals of other Member States travelling or staying in that area, whose language is the same*" (emphasis added). "Citizens whose language is that particular language" referring to the German speakers in the province of Bolzano and "nationals (...) whose language is the same" to German native speakers from other Member States.

native speakers only,⁹⁴ the vague and to some extent elusive wording employed by the ECJ needs to be construed according to EU Law.⁹⁵

In other words, a restrictive approach would confine the scope of the judgment at hand to citizens of German mother tongue, who are by large majority Germans and Austrians, leading to discrimination towards other Union citizens who have adequate knowledge of the German language.⁹⁶ Moreover, the fact that also non-native speakers, as long as they are EU citizens and reside in the province of Bolzano/Bozen, were, even prior to *Bickel*, allowed to ask for a trial held in German,⁹⁷ makes it even harder to believe that this situation has not been settled already in *Mutsch*, where the ECJ refers to nationals of the host Member State having this right in the same circumstances.⁹⁸ Even though *Bickel* has not dissipated all doubts regarding language use in court and has not solved some issues regarding disparity, it constitutes yet another step towards a broader reading of Solidarity towards other citizens within the very same Union.

3.3. Grauel Rüffer: fixing the weak spots or *déjà vu*?

There is another quite significant aspect *Bickel* has not managed to answer in a satisfactory manner: are its holdings limited to criminal trials or applicable to any kind of proceedings? Already in

⁹⁴ See Opinion AG Jacobs, cit., par. 42, “If those nationals have that other language as their mother tongue”.

⁹⁵ Among these, P. HILPOLD, *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte*, cit., p. 99; P. TORRETTA, *Diritti fondamentali e protezione delle istanze collettive di diversità: il caso delle minoranze linguistiche*, in *DPCE*, 2014, n. 2, p. 726 ss. Even though, at some point, the Court repeats the terms employed by the AG, see at par. 12 and par. 24.

⁹⁶ For example, unclarity could arise if the defendant was either a national from a multilingual country (i.e. Belgium or Luxembourg), from a country where German is a minority language (for instance, Denmark) or, for whatever reason, spoke the language.

⁹⁷ Opinion AG Jacobs, cit., at par. 33.

⁹⁸ *Mutsch*, cit., par. 18, see supra fn. 43. See also G. TOGGENBURG, *Europas Integration und Südtirols Autonomie*, cit., p. 465.

the aftermath of *Bickel*, scholars started making assumptions concerning this issue, mostly answering the question affirmatively.⁹⁹

This was on the one hand due to the ECJ's reasoning at par. 16 in *Bickel*, where the Court explicitly referred to "administrative and judicial authorities",¹⁰⁰ and on the other hand owed to the fact that the findings in this judgment could easily be transferred to all kinds of proceedings.¹⁰¹ However, it has also been pointed out that the principle of non-discrimination needs to be regarded especially in criminal matters, since otherwise the right to free movement would be significantly impaired.¹⁰²

Both this question and the ones regarding the unclear extension to either only native speakers or all Union citizens were answered by the ECJ in *Grauel Rüffer*.¹⁰³ The case originated from a civil

⁹⁹ See A. GATTINI, *La non discriminazione dei cittadini comunitari*, cit., p. 118; P. HILPOLD, *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte*, cit., p. 99; G. TOGGENBURG, *Europas Integration und Südtirols Autonomie*, cit., p. 465.

¹⁰⁰ "In that regard, the exercise of the right to move and reside freely in another Member State is enhanced if the citizens of the Union are able to use a given language to communicate with the administrative and judicial authorities of a State on the same footing as its nationals", *Bickel*, cit., at par. 16.

¹⁰¹ See G. TOGGENBURG, *Europas Integration und Südtirols Autonomie*, cit., p. 467. According to this scholar, the principle of non-discrimination, underlying *Bickel*, would be applicable regardless of the type of proceeding at hand. As mentioned by P. HILPOLD, *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte*, cit., p. 96, the AG in *Bickel* (par. 18) did not distinguish between the last mentioned case and *Cowan*, even though here the applicant had been the victim of a crime raising a *civil claim*, while in *Bickel* the issue was raised by defendants in a criminal proceeding. According to the AG: "Although *Cowan* concerned a victim of criminal behavior, the same principle must apply to the rights of an accused in criminal proceedings. Those rights are no less fundamental and must likewise be viewed as a corollary of the right to free movement".

¹⁰² P. HILPOLD, *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte*, cit., p. 96. On the other hand this statement is closely linked to the concept of fair trial and right to defense which, as has been observed, is only of partial relevance in *Bickel*. Therefore, Toggenburg claims that, while, of course, criminal proceedings most of the times concern one's liberty, language use in civil and even administrative matters are more often getting in the way of exercising ones right to free movement and the economic sphere.

¹⁰³ ECJ, Judgment of March 27th, 2014, *Ulrike Elfriede Grauel Rüffer v Katerina Pokorná*, case C-322/13 (hereinafter: *Grauel*).

proceeding between Ms Grauel Ruffer, a German national living in Germany, and Ms Pokorná, a Czech national residing in Czech Republic. Thus, two Union citizens who had a skiing accident in the territory of the province of Bolzano after which Ms Grauel Ruffer claimed damage compensation in front of the Tribunal of Bolzano/Bozen.

Both were tourists, leading to a situation to some extent comparable to *Bickel*. Ms Grauel Ruffer drafted the notice of proceeding in German with attached the Czech translation to which Ms Pokorná replied in German. Both parties, therefore, agreed on the language. The Tribunal of Bolzano/Bozen, however, had some doubts whether, even after *Bickel*, a situation like the one at hand could work out due to a recent decision by the Italian Supreme Court (“Corte Suprema di Cassazione”) that confined the use of German in civil proceedings to Italian citizens residing in the province of Bolzano.¹⁰⁴ This holding was the result of a restrictive approach on the part of the “Corte Suprema di Cassazione”, since in its interpretation of art. 122 of the code of civil procedure (“Codice di procedura civile”) that envisages Italian as the language that needs to be employed for the full length of the trial, combined with art. 100 of the Autonomy Statute, the Court concluded that the provisions enshrined in the presidential Decree n. 574 of 1988 were applicable to citizens and/or residents of the province only.

Now, while having some doubts after *Bickel* was legitimate, this ruling not only adheres to premises inspired by an outdated approach that was refuted by the ECJ,¹⁰⁵ but it also pays little regard to EU law in general, not asking for preliminary ruling where Union law was clearly an issue.¹⁰⁶

¹⁰⁴ CORTE DI CASSAZIONE, Judgment of November 22nd, 2012, n. 20715.

¹⁰⁵ See *Bickel*, cit., par. 31

¹⁰⁶ As pointed out soon after *Bickel* by A. GATTINI, *La non discriminazione dei cittadini comunitari*, cit., p. 118. See in that regard ECJ, Judgment of October 6th, 1982, case C-283/81, *CILFIT v Ministero della Sanità*.

That's why the "Tribunale di Bolzano/Landesgericht Bozen" asks the ECJ to shed some light on the issue asking the following question:

"Does the interpretation of Articles 18 and 21 TFEU preclude the application of provisions of national law, such as those at issue in the main proceedings, which grant the right to use the German language in civil proceedings pending before the courts in the province of Bolzano only to Italian citizens domiciled in the province of Bolzano, but not to nationals of other EU Member States, whether or not they are domiciled in that province?"¹⁰⁷

The wording employed by the referring court resembles the doubts raised in *Bickel*. The "Landesgericht" was comprehensibly in two minds, since the national rules outlined before prescribe Italian only as language in civil proceedings, while the provisions enshrined in the Decree are perceived as *lex specialis* applicable with regard to residence.¹⁰⁸ The ECJ answers the question in a quite brief judgement without opinion of the AG. At par. 20, the Court (finally) answers, affirmatively, the question regarding applicability of *Bickel* to other proceedings.¹⁰⁹

¹⁰⁷ *Grauel*, cit., par. 17.

¹⁰⁸ Art. 20(1) of the Decree states that "In civil proceedings each party shall have the right to choose the language in which he drafts his documents. That choice shall be indicated in the drafting in one or other language of the document instituting proceedings or of the defense or equivalent documents". Thus, documents drafted in German by parties who do not fall within the scope of the Decree, are to be declared void pursuant to art. 156 code of civil procedure, which states that even though "documents in the proceedings may not be declared invalid on the ground of non-compliance with rules as to form if such invalidity is not provided for by law (1), such voidness may nevertheless be declared if the formal requirements for the document that are necessary to achieve the object are not satisfied (2)".

¹⁰⁹ *Grauel*, cit., par. 20: "The considerations which led the Court, in *Bickel* and *Franz* to acknowledge that a citizen of the European Union, who is a national of a Member State other than the Member State concerned, is entitled, in criminal proceedings, to rely on language rules such as those at issue in the main proceedings on the same basis as the nationals of the latter Member State, and, therefore, may address the court seized in one of the languages provided for by those rules, must be understood as applying to all judicial proceedings brought within the territorial entity concerned, including, *civil proceedings*" (emphasis added).

Moreover, the same line of argumentation is used when it comes to explaining why a different solution would lead to discrimination.¹¹⁰ The Italian Government brought forward an argument overruled in *Bickel* (one could even claim in *Mutsch*), regarding the inappropriateness of extending the minority language to Union citizens who reside temporarily and infrequently in the territory, since their language rights are taken care of by guaranteeing them their right to defence in an “appropriate manner”.¹¹¹

While a possible explanation of the reasons that underlie this argument has been adduced earlier,¹¹² it is clear that the ECJ was (again!) not persuaded, quite the contrary. Citing *Bickel* again, the Court held that:

“Such legislation could be justified only if it were based on objective considerations independent of the nationality of the persons concerned and proportionate to the legitimate aim of the national provisions”.¹¹³

This, according to the ECJ, is not the case, since the concerns raised by the Italian Government, regarding trial length related issues, is contradicted by the referring court, which states that the courts are perfectly capable of conducting proceedings in both languages.¹¹⁴ Another issue raised by the Government deserves more

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 21: “If it were otherwise, a German-speaking citizen of a Member State other than the Italian Republic, who travels and stays in the province of Bolzano would be treated less favorably in comparison with a German-speaking Italian national who resides in that province. While such an Italian national may bring proceedings before a court in civil proceedings and have the proceedings take place in German, that right would be refused to a German-speaking citizen of a Member State other than the Italian Republic, travelling in that province”.

¹¹¹ Offering, “somewhat perversely”, the help of a translator, pursuant to art. 6 ECHR and 143 code of criminal procedure, at par. 22.

¹¹² See fn. 83.

¹¹³ See *Grauel*, cit., at par. 23. As pointed out by Busatta, interestingly, unlike in *Bickel*, the ECJ spills no ink at all on the right to defence, underlining its secondary importance for the case at hand. See L. BUSATTA, *Lingua e processo: il difficile connubio tra l'estensione di un precedente e il diritto nazionale*, cit., p. 1249.

¹¹⁴ See *Grauel*, cit., at par. 24.

attention: costs.¹¹⁵ The Court does not enter the merits of this claim since, according to prior case law:¹¹⁶

“aims of a purely economic nature cannot constitute pressing reasons of public interest justifying a restriction of a fundamental freedom guaranteed by the Treaty”.¹¹⁷

This aspect, however, is of practical interest, since, as stated earlier,¹¹⁸ bilingual proceedings might lead to extra costs.¹¹⁹

If both parties are residing in the province, usually at least a passive knowledge of the other language is given. Therefore, the proceeding is flexible, since the parties can renounce translation of individual documents and, more importantly, agree on a common language, because, as said before, language tends to become a practical issue in courts.¹²⁰ Thus, translation and bilingual proceedings can often be avoided, which results in a saving of costs. Consequently, it will be difficult to avoid a bilingual proceeding if one of the parties is not able to switch between languages.¹²¹

Since this would constitute a merely economic reason, this argument would not hold up in front of the ECJ, even if reasoned according to the facts listed above.

On the other hand, given the switch from minority language rights as collective rights to the individual connotation in light of EU

¹¹⁵ See Grauel, cit., at par. 25.

¹¹⁶ ECJ, Judgment of March 17th, 2005, case C-109/04, *Karl Robert Krannemann v Land Nordrhein Westfalen*.

¹¹⁷ See Grauel, cit., at par. 25.

¹¹⁸ See fn. 86.

¹¹⁹ This is the case, for instance, if the parties chose different languages.

¹²⁰ See B. BAUMGARTNER, *La tutela delle minoranze nel processo penale e minorile sudtirolese*, in S. BARONCELLI (ed.), *Regioni a statuto speciale e tutela della lingua: quale apporto per l'integrazione sociale e politica?*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 209 ss.

¹²¹ *Ibidem*. Contra Hofmeister who believes that this will not become an issue. H. HOFMEISTER, *La giurisprudenza della CdG dell'UE sulla lingua processuale dinanzi ai tribunali altoatesini. Un'analisi del caso Grauel Ruffer*, in S. BARONCELLI (ed.), *Regioni a statuto speciale e tutela della lingua: quale apporto per l'integrazione sociale e politica?*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 205.

case law,¹²² one could raise the question whether this lack of flexibility (inability to switch to the other language) could, in the future, represent an “unreasonable burden” (or simply an “unduly onerous situation”)¹²³ along the lines of *Brey*.¹²⁴

Finally, the ECJ completes its reasoning by stating that:

“It follows from all of the foregoing considerations that the answer to the question referred is that *Articles 18 TFEU and 21 TFEU must be interpreted as precluding national rules, such as those at issue in the main proceedings, which grant the right to use a language other than the official language of that State in civil proceedings brought before the courts of a Member State which are situated in a specific territorial entity, only to citizens of that State who are domiciled in the same territorial entity*” (emphasis added).¹²⁵

Thanks to this conclusion, the ECJ managed to kill two (or even three) birds with one stone: light was shed on both the extension to non-native speakers and the reversed discrimination issue. With this wording it becomes clear that every Union citizen, Italian or not, German native speaker or not, resident in the province of Bolzano/Bozen or not, is entitled to request a proceeding within the province (any kind of proceeding) in German.¹²⁶

Thus, *Grauel* can be considered an “authentic interpretation” of *Bickel*, since, in hindsight, all the questions regarding EU law left open after the prior judgment were answered in the most inclusive

¹²² See *supra*, fn. 89.

¹²³ Opinion AG Jacobs in *Bickel*, cit., at par. 40.

¹²⁴ ECJ, Judgment of September 19th, 2013, *Brey*, case C-140/12, at par. 61. Of course, *Brey* refers to completely different situations, namely social assistance for migrant citizens who move to another MS and establish themselves there. This was just to show how an apparently harmless detail can, in the long run, imply time and costs one should not underestimate. For a more detailed analysis of Solidarity and social assistance see: L. PASQUALI, *The Entitlement of Migrant Union Citizens to Social Assistance in the Host Member State: Which Kind of Solidarity?*, cit., p. 52. On the other hand this shows how, in fact, Union citizens from other states differ from an “established” minority group, which, to some extent, gives credit to what the Italian Government tried to make clear in *Mutsch*, *Bickel* and *Grauel*.

¹²⁵ *Grauel*, cit., at par. 27.

¹²⁶ Among others, M. HALLER, *Sprachenrechte am Prüfstand des Ärztemangels*, cit., p. 145 ss.

way possible, extending the scope of action *ratione personae*, again. Perhaps, the ECJ should have referred to some of these aspects, at least *in obiter*, already in *Bickel* in order to avoid the issues pointed out earlier. Nevertheless, after *Grauel* there *should not be* any doubt regarding the redundancy of the residence criterion,¹²⁷ clearing the path for Union citizenship.

4. Impact and unexpected outcomes

4.1. South Tyrol and Italy in general

While the ECJ had to restrain itself to make sure the fact it was constantly repeating itself was not transpiring too much,¹²⁸ *Grauel*'s impact was important and showed immediately.

Firstly, in the form of a decision by the “Suprema Corte di Cassazione” handed down in 2015.¹²⁹ Here, a Swiss national was not deemed to fall within the scope of the Decree n. 574/1988 since, of course, Switzerland is not part of the Union.

The Court, however, referred to *Grauel* in its reasoning, pointing out that only Union citizens who belong to the same linguistic group as Italians whose mother tongue is German and who are residing in the province of Bolzano are allowed to benefit from the same language rights. By doing so, the Court showed some effort in trying to adapt to EU standards compared to its prior decision in 2012.

However, it seems as if the court simply could not leave aside the assumption that territoriality is, at least to some extent, linked to residency and that language rights in Court find their fundamental *raison d'être* in minority protection. This, again, shows how deeply

¹²⁷ Even though this comes close to stating the obvious, *ex multis*, B. BAUMGARTNER, cit., p. 212. Therefore, in *Grauel*, as in *Bickel*, an indirect discrimination is at play, as stated, among others, by M. BAJČIĆ, A. MARTINOVIĆ, *EU Citizenship, Free Movement and the Use of Minority Languages in Court Proceedings*, in *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, 2017, n. 1, p. 115. See, however, the still very restrictive approach by the Italian Supreme Court, *infra* (4.1).

¹²⁸ The whole judgment is basically a set of references to *Bickel*.

¹²⁹ CORTE DI CASSAZIONE, Judgment of June 5th, 2015, n. 11663.

the rights at hand are perceived to be linked to members of a certain minority living in a determined territory.¹³⁰ While this may prove the existence of a close bond borne by Solidarity towards the German-speaking minority in Italy, it is very much beside the point and adheres to EU case law as little as possible.

Meanwhile, however, the Italian legislator has not only taken *Grauel* seriously, but – with an amendment to the Decree from 1988 that became effective in 2015 – things went even further than demanded by EU law.

In fact, a paragraph 1-bis was introduced extending the provisions of the Decree to “all-natural persons and legal entities, regardless of their nationality, residence, domicile or registered office”.¹³¹

This amendment came with some surprise given the very restrictive decision by the “Suprema Corte di Cassazione”.¹³² It shows a completely different perception of the matter, given the always very cautious and concerned approach employed by the Italian Government when it came to expand these language rights. As a result, not only the residence requirement has been eliminated, but also the genuine link between these rights and the German-speaking minority in the province of Bolzano has been altered and, to some extent, changed.¹³³

One is left with a language right that is as unexclusive as it could possibly be.¹³⁴ Finally, all the advantages arising from making the

¹³⁰ In fact, the Court refers to the Italian residents in the province whose mother tongue is German – again, a restrictive and outdated approach.

¹³¹ Legislative Decree (“decreto legislativo”), of November 4th, 2015, n. 186. Moreover, all references to the citizens of the province of Bolzano were replaced with “the persons concerned” (Author’s translation).

¹³² Especially when one bears in mind that this decision was handed down only five months prior.

¹³³ Even though the primary scope of minority protection is not completely gone but simply reinterpreted according to Union citizenship, see M. ROSINI, *Recenti sviluppi in tema di uso delle lingue minoritarie nei procedimenti giudiziari*, cit., p. 193.

¹³⁴ Turning the language use in court, as well as in relation to the public administration, from a privilege to whom only a few had access to a right that does not discriminate *ratione personae*.

use of German accessible to everybody became clear to the Italian legislator.¹³⁵

Thus, one could claim that all this torturous path, from *Mutsch* to *Grauel* through *Bickel*, made it clear that a change in perception might not be completely inappropriate. This not only enhanced the role of German within the province even more but, also and foremost, it represents the final act to a play where a radical twist took place: a set of rules aimed at protecting a minority – hence, showing Solidarity with a group of people different in language and beyond language – has turned into a valuable “tool” at everybody’s disposal. Consequently, a huge improvement in terms of Solidarity with Union citizens and even non-Union citizens can be observed.¹³⁶

Therefore, it is fairly easy to find positive aspects to this revision.¹³⁷ There are, however, some observations that need to be made, since this enormous expansion could bear some inconvenient consequences. Apart from the remarks raised before concerning bilingual proceedings, nobody could reasonably question that in terms of time and costs arising from trials held *within* the province of Bolzano/Bozen, this expansion is to be welcomed.

This might, however, not be the case if one looks beyond its borders. In other words, one could ask what happens when virtually anybody is a party to a proceeding in Italy outside South Tyrol and

¹³⁵ Not only for tourists, as, for example, in the case of Switzerland but also for those who have seasonal jobs in predominately German speaking areas. See, among others, B. BAUMGARTNER, *La tutela delle minoranze nel processo penale e minorile sudtirolese*, cit., p. 209 ss.; H. HOFMEISTER, *La giurisprudenza della CdG dell’UE sulla lingua processuale dinanzi ai tribunali altoatesini. Un’analisi del caso Grauel Rüffer*, cit., p. 207 ss.

¹³⁶ Of course, one could argue that the reasons for this amendment to be introduced where several and, perhaps, mostly related to organizational matters. This might be true; yet the change in perception is clearly influenced by the ECJ’s case law that virtually originated from an approach inspired by solidarity.

¹³⁷ Hofmeister, among others, refers to it as a “win-win-situation” especially in commercial matters. H. HOFMEISTER, *La giurisprudenza della CdG dell’UE sulla lingua processuale dinanzi ai tribunali altoatesini. Un’analisi del caso Grauel Rüffer*, cit., p. 207 ss.

asks to use the German language. The problem arises from the fact that art. 24 of the Decree n. 574 of 1988 states that in all proceedings that do not fall within the scope of art. 1 of the Decree¹³⁸ the concerned parties are allowed to use the German language in their statements and pleas.

This aspect revitalizes observations made by the Italian Government in all the cases that have been analysed so far, since it could lead to some incoherence within the Italian legal order.¹³⁹

Now, as pointed out before, the Decree n. 574/1988 has a higher status than ordinary acts, which means that it cannot be amended by ordinary legislation and can derogate provisions enshrined in the code of criminal procedure.¹⁴⁰ The point being: art. 143 of the code, in accordance with art. 6 ECHR, states that defendants who have insufficient knowledge of the Italian language have the right to an interpreter.¹⁴¹

This non-sufficient knowledge, however, needs to be verified. One cannot ask for interpretation if his command of the official language of the proceeding is sufficient to follow the trial without the assistance of an interpreter.¹⁴² Art. 24 of the Decree 574/1988 derogates precisely the provision at hand, thanks to its status and its connection to the aforementioned article 109(2) that refers to minorities and, ideally, is one out of many concrete applications of art. 6 Italian Constitution that guarantees minority protection.¹⁴³ Thus, simply put, outside the borders of the province a “citizen of the province of Bolzano/Bozen” could use German in its statements regardless of his concrete knowledge of the Italian language.

¹³⁸ Art. 1 lists all the authorities, among these all law courts, located within the Province one can use the German language with.

¹³⁹ Especially those concerning minority protection and how the Presidential Decree n. 574/88 was aimed at protecting that particular minority.

¹⁴⁰ See fn. 55.

¹⁴¹ See fn. 83.

¹⁴² See subsection 2.2. to the present work.

¹⁴³ “The Republic safeguards linguistic minorities by means of appropriate measures”.

With this extension to Union citizens before and “all natural persons and legal entities” after, the concrete verification of knowledge of the Italian language is implicitly inapplicable to the German language.¹⁴⁴ So, according to this line of reasoning, the missing bond between this minority language in Italy (German) and the actual members of this minority makes this aspect rather problematic. This is because – outside South Tyrol – one of the main reasons that could underlie the decision to ask to make one’s statements and pleadings in German, even though one’s knowledge of Italian is sufficient, is protracting the trial’s length.

An absurd situation indeed, that cannot reasonably be reconnected to Solidarity and differs very much from the mere extension of a language right within a province. It is hard to imagine how this will be dealt with – probably only a constitutional review by the Italian Constitutional Court could provide some answers.

4.2. Other Italian regions and European Union Member States

The ECJ case law did not only change the Decree n. 574/1988, its impact could extend to other autonomous regions as well. For example, Aosta Valley (“Valle d’Aosta/Vallée d’Aoste”) and its French minority and Friuli Venezia Giulia with its Slovenian minority. Without aiming to analyze quite complex realities with the necessary amount of detail, it can be bluntly stated that both regions will have to deal with the consequences of the three cases analyzed before. While the Italian State merely allows members of the Slovenian community to use Slovenian in their statements, even though perfectly capable of speaking Italian,¹⁴⁵ thus, a language right of type one, French speakers in Aosta Valley should be allowed to

¹⁴⁴ Not to other languages, however, which makes this a quite peculiar situation.

¹⁴⁵ Even obtaining this right has not been easy, several sentences of the Italian Constitutional Court (n. 28/1982, 62/1992 and 15/1996) have led to an act (February 23rd, 2001, n. 38/2001) aimed at protecting members of the Slovenian minority.

request a trial to be conducted entirely in French, thus, a language right of type two, comparable to South Tyrol.¹⁴⁶

Since residency as a requirement has been clearly called into question by the ECJ, one could conclude that both languages, German and French, within the respective territory, will have to be made accessible to all Union citizens, even if they have sufficient knowledge of Italian. In addition, most EU member states have provisions in their national law referring to minorities and minority language rights. Therefore, the impact of *Mutsch*, *Bickel* and *Grauel* should not be underestimated.

Apart from some relevant implications for Austria,¹⁴⁷ a very interesting situation, which is similar to the Italian pre-*Bickel* perception, is to be found in Croatia, where many minorities are protected and some benefit from a very generous set of provisions.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Art. 38 of the special Statute of Aosta Valley foresees the equalization of both languages allowing all documents to be drafted in one or the other language, apart from the official documents by the judicial authority. Thus, one could conclude that a proceeding can be conducted in either French or Italian with the only exception of the judge's acts that have to be drafted in Italian. This conclusion, however, is contravened by the fact that not only is the judiciary not required to be bilingual (only justices of the peace are) but Aosta Valley also adheres to the principle of absolute bilingualism (unlike South Tyrol, where the general principle is separate use of the two languages). This means that while one is allowed to use the language he or she prefers, the authority can employ the other language. This would lead to difficult situations as far as EU law is concerned. For a recent analysis of these language rights see: M. ROSINI, *Recenti sviluppi in tema di uso delle lingue minoritarie nei procedimenti giudiziari*, cit., p. 186 ss.

¹⁴⁷ Outlined already in the aftermath of *Bickel* by P. HILPOLD, *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte*, cit., p. 100 ss., with regard to Slovenian and Croatian minorities in eastern Austria.

¹⁴⁸ As explained by Bajčić and Martinović, the “Act on the Use of Language and Script of the National Minorities in the Republic of Croatia” grants equal official use of minority languages also in judicial proceedings of first instance in territories where, according to art. 12 of the “Constitutional National Minority Rights Act”, a certain minority constitutes at least a third of the population. This provision is strictly territorial and linked to residence, so it directly contravenes the ECJ jurisprudence. Even though the parties do not opt for minority languages often (the language most employed is Italian), Croatia could have some issues with this approach, since a lot of minority

5. Conclusions

After having analyzed the most relevant case law and outlined some possible implications, making some final remarks is in order. As stated right at the beginning of this journey, Solidarity does not come with a precise meaning. Meaning needs to be enucleated through concrete situations, sentence by sentence, word by word. This makes Solidarity similar to language. Language unites speakers and, at the very same time, divides those who do not find a common language. In this resides the actual challenge: finding a way to communicate even if the language is different. And, more than ever, finding a way to communicate if the language is the same but its use is prevented by a too narrow perspective.

All of this is inspired by Solidarity and, in addition to that, fills Solidarity with meaning. *Mutsch* is part of this, *Bickel* as well, so is *Grauel* and even the amendment of the Decree n. 574/1988 in 2015 plays its role. But one must be careful – Solidarity becomes meaningless and void if it is spread without criterion, without a chance it could be, in whatever way, returned. Thus, what can be said after observing the right to use a different language in court, shifting from privilege designed for few to tool accessible to everybody, is the following: those who see a real benefit in this opportunity will feel respected and will be able to show Solidarity in their turn, by even renouncing their language right, if this favors a smooth proceeding.¹⁴⁹

languages (22 to be precise) are recognized, and among these, popular European languages. See M. BAIČIĆ, A. MARTINOVIĆ, *EU Citizenship, Free Movement and the Use of Minority Languages in Court Proceedings*, cit., p. 123 ss.

¹⁴⁹ See, for this peculiar aspect, B. BAUMGARTNER, *La tutela delle minoranze nel processo penale e minorile sudtirolese*, cit., p. 211.

On the other hand, those who just see a chance to impair the natural course of justice, by recurring to shady tricks and looking out for loopholes, will harm Solidarity.¹⁵⁰

Granting language rights is about knowing how much to give and how much to take and so, after all, is Solidarity.

Bibliography

ARZOZ X., *Language Rights as Legal Norms*, in *European Public Law*, 2009, n. 4.

BAJČIĆ M., MARTINOVIĆ A., *EU Citizenship, Free Movement and the Use of Minority Languages in Court Proceedings*, in *Collected Papers of Zagreb Law Faculty*, 2017, n. 1.

BAUMGARTNER B., *La tutela delle minoranze nel processo penale e minorile sudtirolese*, in BARONCELLI S. (ed.), *Regioni a statuto speciale e tutela della lingua: quale apporto per l'integrazione sociale e politica?*, Torino, Giappichelli, 2017.

BUSATTA L., *Lingua e processo: il difficile connubio tra l'estensione di un precedente e il diritto nazionale*, in *DPCE*, 2014, n. 3.

DEL CHICCA M., *Solidarity among Member States in case of a Terrorist Attack*, in JIMÉNEZ PIERNAS C., PASQUALI L., PASQUAL VIVES F. (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law – Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017.

DE WITTE B., *Linguistic equality a study in Comparative Constitutional Law*, in *Journal of Language and Law*, 1985, n. 2.

DE WITTE B., *Il caso Mutsch: libera circolazione dei lavoratori e uso delle lingue*, in *Il Foro Italiano*, 1987, n. 2.

¹⁵⁰ For example, an improper use of art. 24 of the Presidential Decree n. 574/1988, by asking to use the German language even though not being a member of the German-speaking minority this provision was designed for and having sufficient language command in Italian.

GATTINI A., *La non discriminazione dei cittadini comunitari nell'uso della lingua nel processo penale: il caso Bickel*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1999, n. 1.

HALLER M., *Sprachenrechte am Prüfstand des Ärztemangels*, in BURGER S. et alt., *Recht und Sprache – Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht*, Universität Salzburg, 2018.

HENRARD K., *Language and the Administration of Justice: The International Framework*, in *Journal on Minority and Group Rights*, 2000, n. 2.

HILPOLD P., *Unionsbürgerschaft und Sprachenrechte in der EU. Das Vorabentscheidungsverfahren Bickel und Franz*, in *JBl*, 2000, n. 2.

HILPOLD P., *Solidarität als Rechtsprinzip: Völkerrechtliche, Europarechtliche und Staatsrechtliche Betrachtungen*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, 2007, n. 55.

HILPOLD P., *Filling a Buzzword with Life: The Implementation of the Solidarity Clause in article 222 TFEU*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, n. 3.

HILPOLD P., *Understanding Solidarity within EU Law: An Analysis of the 'Islands of Solidarity' with Particular Regard to Monetary Union*, in *Yearbook of European Law*, 2015, n. 1.

HOFMEISTER H., *La giurisprudenza della CdG dell'UE sulla lingua processuale dinanzi ai tribunali altoatesini. Un'analisi del caso Grauel Rüffer*, in BARONCELLI S. (ed.), *Regioni a statuto speciale e tutela della lingua: quale apporto per l'integrazione sociale e politica?*, Torino, Giappichelli, 2017.

KÜÇÜK E., *Solidarity in EU Law: An Elusive Political Statement or a Legal Principle with Substance?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2016, n. 6.

LENAERTS K., *L'égalité de traitement en droit communautaire*, in *Cahiers de droit européen*, 1991.

MORI P., *Sulla facoltà di usare la lingua madre in un procedimento giudiziario nello Stato membro di soggiorno*, in *Giustizia civile*, 1986, n. 1.

OOSTERLYNCK S., LOOPMANS M., SCHUERMANS N., VANDENABEELE J., ZEMNI S., *Putting flesh to the bone: looking for Solidarity in diversity, here and now*, in *Ethnic and racial studies*, 2016, n. 5.

PALERMO F., *The Use of Minority Languages: Recent Developments in EC law and Judgments of the ECJ*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, n. 3.

PALICI DI SUNI PRAT E., *L'uso della lingua materna fra tutela delle minoranze e parità di trattamento nel diritto comunitario*, in *DPCE*, 1999, n. 1.

PASQUALI L., *The Entitlement of Migrant Union Citizens to Social Assistance in the Host Member State: Which Kind of Solidarity?*, in JIMÉNEZ PIERNAS C., PASQUALI L., PASQUAL VIVES F. (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law – Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017.

POGGESCHI G., *Language Rights and Duties in the Evolution of Public Law*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

ROSINI M., *Recenti sviluppi in tema di uso delle lingue minoritarie nei procedimenti giudiziari*, in BARONCELLI S. (ed.), *Regioni a statuto speciale e tutela della lingua: quale apporto per l'integrazione sociale e politica?*, Torino, Giappichelli, 2017.

RUSSO T., *Natural and Man-Made Disaster: Solidarity Among Member States*, in JIMÉNEZ PIERNAS C., PASQUALI L., PASQUAL VIVES F. (eds.), *Solidarity and Protection of Individuals in E.U. Law – Addressing new challenges of the Union*, Torino, Giappichelli, 2017.

TOGGENBURG G., *Europas Integration und Südtirols Autonomie*, in PALERMO F. et alt. (eds.), *Die Verfassung der Südtiroler Autonomie*, Baden-Baden, Nomos, 2005.

TORRETTA P., *Diritti fondamentali e protezione delle 'istanze collettive di diversità': il caso delle minoranze linguistiche*, in *DPCE*, 2014, n. 2.

XII

Social security in Europe and in Georgia

*Ani Butkhuzi**

Summary: 1. Introduction – 2. Social security – 2.1. Social protection in Europe – 2.2. Portability of rights in Europe – 2.3. Third country nationals – 3. Social protection system in Georgia – 3.1. Old-age, disability and survivors – 4. Conclusions.

1. Introduction

In the modern World, social problematics are characterized with increasing relevance. Social policy takes a place even more important. In some Member States of European Union, the social sphere is the most important throughout the world, according to their governmental approaches and welfare models based on social equality (for example: Conservative – Germany, France, Italy, Austria; Social-Democratic – Sweden, Norway, Denmark). Although, all European countries are not at the same level of development, but they all have the same European values and among them, social rights have distinguished place. The promotion of social rights is linked with European citizenship. So, for Georgia, a European Union future member-oriented Country, sooner or later, it will be obligatory to get closer to European system.

Through the paper we will discuss the meaning of the social security (social protection in Europe; portability of rights in Europe), the definition of third-country nationals, the social protection system

* Lawyer, Senior Specialist, Ministry of Justice of Georgia.

in Georgia and, at the end, we will try to make some conclusions about the discussed themes.

2. Social security

Social security is intended to provide protection, in the terms used in Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978, on the progressive implementation of the principle of equal treatment for women and men in matters of social security and “to the working population (...) whose activity is interrupted by illness, accident or involuntary unemployment and persons seeking employment – and to retired or invalided workers and self-employed persons”. Despite this potential broad scope, the principal interventions of the EU in the sphere of social security have concerned only the free movement of workers and equal treatment of women and men.

In this paper, within the framework of Solidarity and social security we can assess social protection as well as portability of rights, social protection for the third-country nationals and certain issues of social security in Georgia.

2.1. Social protection in Europe

Social protection is both an approach and a set of policies. As an approach, it focuses on reducing risks and susceptibilities, and includes “interventions from public, private and voluntary societies and informal networks to support communities, households and individuals in their efforts to prevent, manage and overcome risks and vulnerabilities”. Informal networks would include individuals relocating resources to friends and family.¹

Social protection systems are intended to provide protection against the risks and needs related with unemployment, parental responsibilities, healthcare, old-age, housing and social exclusion. The main policy frameworks in the field of EU social protection are

¹ A. SHEPHERD, R. MARCUS, A. BARRIENTOS, *Policy Paper on Social Protection*, Overseas Development Institute for DFID, 2004, p. 8.

the “Europe 2020 strategy” and the “Open method of coordination for social protection and social inclusion” (Social OMC) which aims to promote social solidity and equality through adequate, accessible and financially sustainable social protection systems and social inclusion policies. Through the Social OMC – and in collaboration with the Social Protection Committee, an advisory committee to the Employment and Social Affairs Council (EPSCO) – the EU provides a framework for national strategy development for social protection and, in order to combat social exclusion and poverty, the Union recognizes the respect of the rights to social and housing assistance as means to ensure a decent life for all those who lack sufficient resources, in accordance with the rules laid down by EU law and national laws and practices.²

“The field of social policy is vast. In fact, it largely serves to define a society. It includes most of what a community collectively does to protect its weakest members, but it also has to meet the social needs of all. Work is a central aspect of social life, and there are a great many concerns — different forms of employment, the distribution of work, a perceived conflict between workers and pensioners, among others. Then there is the need to extend protection to those — most workers, from a global perspective — who benefit from little or none. One of the main purposes of social protection is to provide an income floor, and that is generally lacking. Yet following on a century of impressive progress in some countries in providing protection for many historically disadvantaged groups — the elderly, the poorly educated, those with disabilities — it is now possible to envisage the progressive extension of protection to the world’s poor and disadvantaged”.³

Since social protection, especially of the most needy, helps to outline a society, its absenteeism signifies social failure. A low level of social protection is usually associated with low levels of income and productivity. The provision of social security and other forms of protection can start even in the middle of widespread poverty; the serious question is one of urgencies. As Roger Beattie stresses:

² *Ibidem.*

³ See *Introduction: social policy and social protection*, in *International Labour Review*, 2000, vol. 139, n. 2, p. 113.

“It is absolutely clear that a very large proportion of the population in most regions of the world does not enjoy any social protection or is covered only very partially”.⁴

In part, that is a result of the substantial numbers working in informal activities in countries where protection is a work benefit, not a citizenship right. There may be reason to fear that the problem is getting worse: in many countries most net job creation is outside the formal, organized sector; and even within it, outsourcing and other forms of less secure employment are progressively representative. As Beattie points out:

“the informal economy is not really a ‘sector’ as such. It is in fact a phenomenon to be found in almost all sectors”.⁵

Article 48 TFEU states that:

“the European Parliament and the Council shall, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, adopt such measures in the field of social security as are necessary to provide freedom of movement for workers”.

Council Regulation 1612/68, of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community aims to ensure that the application of different national social security systems does not adversely affect EU nationals exercising their right to free movement.⁶ In December 1998, the Commission has submitted a proposal to simplify and modernize the provisions of Regulation 1612/68, which led, for instance, in 2003 to the decision to introduce a European health insurance card.⁷

Coordination of social security systems has been provided for in Council Regulation 1408/71, of 14 June 1971 on the application of social security schemes to employed persons, to self-employed

⁴ See R. BEATTIE, *Social protection for all: But how?*, in *International Labour Review*, 2000, vol. 139, n. 2, p. 131.

⁵ *Ibidem*.

⁶ See Council Regulation (EEC) No 1612/68, of 15 October 1968 on freedom of movement for workers within the Community.

⁷ See Decision (2003/751/EC) No 189, of 18 June 2003 aimed at introducing a European health insurance card to replace the forms necessary for the application of Council Regulations (EEC) No 1408/71 and (EEC) No 574/72 as regards access to health care during a temporary stay in a Member State other than the competent State or the State of residence.

persons and to members of their families moving within the Community.⁸ This guarantees employed workers, self-employed workers and students the same entitlements to social security regulation as nationals of the host Member State. However, only the regulations under statutory social protection schemes are guaranteed. These include legislation relating to sickness and maternity benefits, invalidity benefits, old age benefits, survivor's benefits, family benefits and death grants. In general, the worker is subject to the legislation of only one Member State. Council Regulation 859/2003, of 14 May 2003 extended these provisions also to third-country nationals who are not already covered by them solely on the grounds of their nationality.⁹

The workers who choose to move to another Member State maintain their acquired rights in all the other Member States and, at the same time, the right to combine periods of social aids and periods of pension contributions for the purpose of obtaining social benefits. The modifications introduced in 1996 guarantee unemployed persons the possibility, subject to certain conditions, to move to another Member State while continuing to receive unemployment benefit. However, Member States are concerned about the national specificity of their social security systems and the financial implications of changes. The Communication of 11 December 2002 on "Free movement of workers: achieving the full benefits and potential" confirms that Member States are only required to coordinate and not harmonize their social security systems.¹⁰

⁸ See Council Regulation (EEC) No 1408/71, of 14 June 1971, on the application of social security schemes to employed persons and their families moving within the Community.

⁹ See Council Regulation (EC) No 859/2003, of 14 May 2003, extending the provisions of Regulation (EEC) No 1408/71 and Regulation (EEC) No 574/72 to nationals of third countries who are not already covered by those provisions solely on the ground of their nationality.

¹⁰ See Communication from the Commission, *Free movement of workers: achieving the full benefits and potential*, 11.12.2002, COM (2002) 0694 final.

2.2. Portability of rights in Europe

The share of persons living outside their home country is growing again after a temporary decrease in the 1970s, reaching 3,4 percent of the world population in 2017 (up from 2,3 percent in 1980), on a projected 258 million people. On January 1st, 2016, the number of people living in the EU-28 who were citizens of third countries was 20,7 million, on behalf of 4,1 percent of the EU-28 population, while the number of people living in the EU-28 who were born outside of the European Union (EU) was 35,1 million. In addition, 16 million persons were living in one of the EU Member States on January 1st, 2016 with the citizenship of another EU Member State.¹¹

These standard numbers underestimate the fundamental labor mobility dynamics, i.e. the number and increasing share of individuals who have lived or will live at least some part of their working or retired life outside their traditional country of residence. While this development is more problematic to enumerate, indications from across the world are strong that the number is growing. In the EU, the number of citizens who spend at least some of their adult life living outside their home country (as a student, intern, intrafirm and temporary mobile employee or labor migrant) is certainly rising and may soon be as high as one out of every five individuals.¹²

Portability of rights across EU Member States is a complex issue. In terms of social security, there are factors that limit portability. In the case of pensions, now, there is, following lengthy discussions, an EU directive to cover the transferability of occupational pension rights.¹³

¹¹ See EUROSTAT, 2017.

¹² See R. HOLZMANN, J. WELS, *Status and Progress in Cross-Border Portability of Social Security Benefits*, in IZA – Institute of Labor Economics Discussion Paper Series, 2018, n. 11481, p. 3.

¹³ See EURWORK, *Portability of rights*, 24 November 2016. Available at <https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/industrial-relations-dictionary/portability-of-rights>.

In general, social security benefits must be paid in each Member State where the beneficiary resides. The exception is “special non-contributory benefits”, which fall between the traditional categories of social assistance and social security. These address specific issues, such as care for people with incapacities or the anticipation of poverty. They are payable only in the country that provides them, and beneficiaries cannot export them to another Member State. A citizen is, however, entitled to receive benefits of this nature that are provided in the host country. Any citizen provisionally staying or residing in a Member State other than the one in which he is insured against sickness is entitled to receive sickness benefits according to the legislation of that Member State as if he was insured there. This is at the expense of the relevant insurance institution.¹⁴

The European Commission has identified several problems that unduly restrict the portability of social security rights. The Court of Justice of the European Union (CJEU) stated, for instance, that it would be discriminatory not to allow equal tax assumptions for a migrant worker’s contributions for an occupational pension or private sickness and invalidity insurance.

The European Commission identified similar problems in relation to specific social advantages, such as public transport reductions for large families, children allowance and funeral payments.

2.3. Third country nationals

The term “third country”, with regard to EU, means a country that is not a Member of the Union. This meaning is derivative from “third country” in the sense of one not party to an agreement between two other countries. Even more generally, the term is used to signify a country other than two specific countries referred to, e.g. in the context of trade relations. This vagueness is also compounded by the fact that the term is often erroneously interpreted to mean “third-world country”.

¹⁴ *Ibidem.*

In terms of employment, third country nationals tend to be disadvantaged, having a labor market contribution rate of 62% and an employment rate of 52% in 2001, much lower than the figures for EU nationals, at 69% and 64% respectively.¹⁵ Member States vary significantly in the way they conceive the integration of third-country nationals and in the extent to which they have developed and implemented integration policies. Some countries have a long experience in this area whereas others have only just started developing national policies.

On the one hand, the Community provides some protection to third country nationals; for example, a Council Resolution of 4 March 1996 entitles long-term residents to a residence permit of at least 10 years or an unlimited residence permit.¹⁶ On the other hand, a Council Recommendation of 27 September 1996 on combating the illegal employment of third country nationals provides for reinforcing cooperation between Member States with regard to immigration policy in respect of third countries.¹⁷

In addition:

a) Article 31 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, headed “Fair and just working conditions” provides that: “Every worker has the right to working conditions that respect his or her health, safety and dignity”. This applies to third-country nationals as well as nationals of the EU Member States;

b) Article 15(3) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union establishes a principle of equal treatment as regards working conditions between non-EU nationals and EU citizens, a principle not evident in the Treaties. Article 15(3) enacts at European level the non-discrimination principle at work on the basis of nationality. The right is to equivalent working conditions; this is different from identical or equal. Moreover, Article 15(3) does not

¹⁵ See European Commission, *Employment in Europe*, 2002.

¹⁶ See Council Resolution, of 4 March 1996 on the status of third-country nationals residing on a long-term basis in the territory of the Member States (96/C 80/02).

¹⁷ See Council Recommendation, of 27 September 1996 on combating the illegal employment of third-country nationals (96/C 304/01).

modify the legal position of third country nationals in terms of access to national markets or free movement within the EU;

c) Directive 2000/43/EC, implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, and Directive 2000/78, establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation protect all Union citizens and third country nationals; both cover “employment and working conditions, including dismissals and pay”;

d) Council Regulation 859/2003, of 14 May 2003 extended the free movement of workers and social security provisions of Regulation 1408/71 and Regulation 574/72 to nationals of third countries who are not already covered by those provisions solely on the grounds of their nationality. Regulation 859/2003 aimed at granting rights as similar as possible to those enjoyed by Union citizens to third-country nationals legally resident in the Community who satisfy the other conditions provided for in Regulation 1408/71.

From this, it is clear that, despite the fact that the Member States of the European Union are not at the same level of development, and they even do not have the identical social systems, the European Union is based on common values and, among these values, social security has a relevant place.

3. Social protection system in Georgia

The Preamble of the Constitution of Georgia affirmed the strong will of the citizens of Georgia in establishing a social state. Besides this, the Constitution of Georgia contains provisions creating several social rights, such as right to education, right to live in a healthy environment, right to receive free medical service (in case established by law), right to receive subsistence minimum. Even though, it is widely believed, that Georgian Constitution contains a very scarce list of social rights because there is not strengthen for example the right of housing and social security.

Despite of a scarce list of social rights in Constitution, the Constitutional Court of Georgia delivered several important

decisions in this field. We can mark out the decision in which Constitutional Court indicated that Government must insure, at least, minimal level of social security. By the evaluation of the Court, action of the government, in this case, must be stable, evolutionary in nature and must be stand out by positive dynamic.¹⁸

In the last 25 years, social security system in Georgia has considerably developed. The break-up of the Soviet Union caused the change of system of Soviet social policy. The existing system was destroyed, and it was necessary to build new one. The model of social security of Soviet Union could no longer exist for two main reasons: there was not enough financial resources and there was no effectively working public services and legislation. So, at the end of 1990 begun the creation of the new legislation system of social security.¹⁹

In order to reduce social expenditures, the pension age was decreased. The system which existed between 1995-2003 years, it is hard to belong to any social security system. It was the first time when targeted social aid begun to exist in Georgia and the programs of the social security system which exists today in Georgia, begun in 2006, the approach standing too close to a liberal Anglo-Saxon model.

Social protection system in Georgia consists basically of two components – targeted social protection and the pension of age. Which means, that the state has no preventing mechanism to avoid its citizens to be under the poverty line. This system remains on the same place and cannot improve, because of some reasons: the first reason is that during the years, it is impossible to reduce the quantity

¹⁸ Decision made by the Constitutional Court of Georgia on 18 April 2002, N1/1/126, 129, 158 on the case *Citizens of Georgia – (1) Bachua Gachechiladze, Simon Turvandishvili, Shota Buadze, Solomon Sanadiradze and Levan Kvatsbaia, (2) Vladimer Doborjginidze, Nineli Andriadze, Guram Demetrashvili and Shota Papiashvili, (3) Givi Donadze against the Parliament of Georgia.*

¹⁹ See *Reforming Georgia's Social Welfare system of Georgia*, in *Transparency International Georgia*, 12 January 2010. Available at <https://transparency.ge/en/content/reforming-georgias-social-welfare-system>.

of beneficiaries; the second reason is the high index of inequality, in fact, a huge number of poorest part of citizens depends on social aid, because they do not have other opportunity; another reason is the augmentation of poverty and stigma which is bilateral from the society toward *individuum* and the opposite, this means that it is hard for the poorest people to integrate in society, to escape from this status and to be successful, complete member of society.

So, the abovementioned issues are the most important problems of the social security system in Georgia.

Since 2013, government doubled the financing of the targeted social aid and, of course, this kind of social security system, which is oriented only for maintaining the *status quo*, is the hardest point for the state.

So, in order to change the system positively, I think that it is important to strengthen economy, as well as developing more complex social policy, and then more tight connection of them. Because, as a result, 50-55% of the citizens of Georgia are under the poverty line and 15% of them live under extreme conditions.

Unfortunately, Georgia could not maintain the social system of Soviet Union nor create the new one of an appropriate level.

However, it must be noted that in order to the development of security system and overcome poverty in Georgia, has been elaborated “The development plan of labor and social security field in Georgia for 2030” and the “Framework paper for 2017-2020 years”. The latter has strictly defined plans, based on the following strategic priorities: increasing the possibilities of employment; creation of an old-age pension and social security system for elderly people; creation of social security system on the local and central level; strengthen the community based services and role of social worker; create a social security system orientated on children and strengthen of family; social inclusion of persons with disabilities.²⁰

²⁰ *Framework paper of the Committee of healthcare and social issues of the Parliament of Georgia 2017-2020*, p. 6.

Implementation of all abovementioned priorities derived from the association agreement and integration in European Union, which must be noted that, is cornerstone of Georgian internal and external policy.²¹

3.1. Old-age, disability and survivors

The classic example of social policies are the activities of governments in providing money and services to their citizens in social security area.²²

In the current chapter will be conversed research conducted by Social Security Office of Retirement and Disability Policy within the project “Social Security Programs Throughout the World: Asia and the Pacific, 2018”.

Georgian regulatory framework of the issue begins with the first law in 1956 (state pension) and continues by the current laws for state pensions (2005), state compensation (2005), social package (2012), benefits in rural areas (2015) and individual account (2018).

There, we can mark out some main directions from Georgian social security system.

It should be stressed that, in Georgia, there are universal and individual account systems (on January 1st, 2019, a new individual account program was introduced that is mandatory for workers younger than 40). This means:

a) coverage of universal system: citizens of Georgia, certain individuals granted special status without citizenship, and foreign nationals with at least 10 years of residence.

b) Coverage of individual account system: public and private sector employees younger than 40 on September 1st, 2018.

Voluntary coverage for public and private sector employees aged 40 or older on September 1st, 2018, and for self-employed persons. Special system for former military personnel, certain civil servants, and certain former elected officials.

²¹ *Ibidem*, p. 7.

²² J. BALDOCK, N. MANNING, S. VICKERSTAFF (eds.), *Social Policy*, Oxford University Press, 2007, p. 10.

The sources of Funds are a very important issue; such sources are the followings: individual account is for the insured person and employer, and it is 2% of gross monthly earnings; consider that three maximum monthly earnings used to calculate contributions are 60,000 Gel.²³ Individual account is also for the self-employed person, and it is 4% of gross monthly earnings; the maximum monthly earnings used to calculate contributions are 60,000 Gel.

In order to profit by defined social security system, there are the following qualifying conditions: to receive an old-age pension (state pension, universal) defined age for men is 65 and for women is 60; foreign nationals must not receive a pension from any other country; employment may continue as a pension supplement, paid to pensioners who reside permanently in certain geographic areas. Old-age pension belongs to an individual account (65 for men and 60 for women).

Georgian security system also is familiar with the disability pension, which means the social package for people with disabilities, must be assessed with a Group I (severe) or Group II (moderate or significant) disability and not be receiving any other pension.

An authorized medical institution assesses the degree of disability. Disability benefit (individual account) must be assessed with a Group I (severe) or Group II (moderate or significant) disability.

Finally, the survivor pension (social Package - universal) is paid for children younger than 18s in case at least one parent dies, and for victims of political repression. The beneficiary must not receive any other pension. Survivor benefit (individual account) is paid if the insured dies before receiving a benefit from the individual account.

Discussing the Georgian social security system, it is worth mentioned briefly about an old-age, disability and survivor benefits. Old-age and disability pension (state pension, universal) consists 250 Lari a month (paid for a Group I disability) up to 564 a month for certain war veterans. Benefits may be increased for children and

²³ Exchange rate: €1:00 = 3.60 Gel (Georgian Lari).

persons who suffered political repression. As for the Survivor pension (social package, universal), the payment is about 184 Gel a month.

As this theme is deep enough, to discuss it till the end, it is out of our discussing issue. So, we can conclude by just mentioning other types of Georgian social security system. There are the following: sickness benefits; maternity benefits (100% of the insured's daily wage is paid, up to a total of 1,000 Gel); child allowance (universal), paid for each live birth to families who reside permanently in certain geographic areas; family allowance benefits; work injury and so on.

The system is leading by the Social Services Agency, placed under the Ministry of Internally Displaced Persons from the Occupied Territories, Labor, Health and Social Affairs of Georgia.

Also, National Bank of Georgia licenses and supervises pension funds for the individual account program. Government clinics, hospitals, maternity homes, and other facilities provide medical benefits to teachers, needy persons, orphans, refugees, and disabled persons under the Universal Healthcare Program. Benefits include outpatient care, emergency care, hospitalization, elective surgery, chemotherapy, hormone and radiation therapy, maternity care, and treatment for certain chronic diseases. Certain categories of persons, including self-employed persons and persons with irregular income, may receive a minimum package of health care services, including emergency care, inpatient treatments, and maternity care.²⁴

4. Conclusions

In conclusion, we could affirm that Georgian social security system is not the example of perfection, but considering the economic capacities of the country, government is trying to improve the system year by year. And it should be noted that during the

²⁴ See *Social Security Program Throughout the World: Asia and Pacific*, 2018. <https://www.ssa.gov/policy/docs/progdsc/ssptw/2018-2019/asia/georgia.html>.

current difficult period caused by COVID-19, social pensions continue to increase in Georgia.

It is clear that Georgia, willing to be a part of the Europe Union and as an associated Country, and having also joined the International Covenant of Economic, Social and Cultural Rights in 1994,²⁵ should share the European approaches, in order to be closer or even similar to the European social system of the European and for the fulfillment of the obligations based on the association agreement. From my point of view, to receive the marked-out goals, first of all, the Government should promote strong State institutions and encourage the non-governmental sector to take active part during discussing issues about social security field.

Finally, as we already mentioned, European countries do not have the same social security system, so the Georgian Government should take as a model the European Member State's social security which will be the most compatible depending on the needs of the country.

Furthermore, I think, a social policy, based on economic growth and stable development of the country will be the guarantor of welfare and to getting closer to the standard of living of the modern civilized countries.

Bibliography

BALDOCK J., MANNING N., VICKERSTAFF S. (eds.), *Social Policy*, Oxford University Press, 2007.

BEATTIE R., *Social protection for all: But how?*, in *International Labour Review*, 2000, vol. 139, n. 2.

GELITASHVILI N., *Georgian social security model compatible with European Union*, Tbilisi, 2011. (ნ. გელიტაშვილი, ევროკავშირთან თავსებადი სოციალური დაცვის მოდელი საქართველოში, Tbilisi, 2011).

²⁵ UNITED NATIONS, *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 16 December 1966.

HOLZMANN R., WELS J., *Status and Progress in Cross-Border Portability of Social Security Benefits*, in *IZA – Institute of Labor Economics Discussion Paper Series*, 2018, n. 11481.

SHEPHERD A., MARCUS R., BARRIENTOS A., *Policy Paper on Social Protection*, Overseas Development Institute for DFID, 2004.

XIII

The antagonism between the right to exist and the new social security: greater affectation for women

*Sergio Torres Teixeira**, *Shynaide Mafra Holanda Maia***

Summary: 1. Introduction – 2. Origins of social protection – 3. Dignity of the human person and right to existence – 4. Statistical data – 5. New social security and the Constitutional Amendment 103 of 2019 – 6. Conclusions.

1. Introduction

2019 began with the announcement, in mid-February, of the long-awaited social security reform, the Constitutional Amendment Proposal (PEC) 06/19. It should be noted that since the government of President Michel Temer, there was already a great movement around the reform, which was previously called PEC 287/16.

The original project of the Bolsonaro Government, represented by the Minister of Economy Paulo Guedes, had as its main pillar to impose the capitalization regime, to reduce the value of the benefit of continuous provision; contribution to rural workers and a minimum age of 65 years for men and women, in addition to a minimum time of 20 years for both sexes. After several discussions and many public hearings, PEC 103 of 2019 underwent changes,

* Adjunct Professor, The National School of Formation and Improvement of Labour Magistrates, Brazil.

** Lawyer, *Shynaide Mafra Law Firm*, Brazil.

more specifically, “dehydration”, as pointed out by Minister Paulo Guedes, who wished to save a trillion reais in 10 years with the pension reform.

Trimmed some edges, the New Security, now called, Constitutional Amendment No. 103 of 2019, enacted on November 12nd, 2019, will impact the Brazilian society deeply, especially affecting women.

This work is elaborated in the form of a theoretical essay, having an eminently exploratory characteristic, therefore, it should be seen as such. The government’s arguments in the explanatory statement of PEC 06/198 will be analyzed, as well as statistical analysis by IBGE, through the National Household Sample Survey (PNAD).

Articulated the text of the PEC 06/19, in the explanatory memorandum, that the pension system was marked by profound and obvious inequalities and some social security rules meant that the richest were relatively benefited, being essential to promote greater progressivity in social security income distribution.

Supporters of the reform presented inexorable demonstrations of the deficit in Brazilian social security, highlighting the urgent need for reform under penalty of collapse of public accounts. The slogan “reform today to guarantee tomorrow” was the main pillar of the government’s advertisements, in addition to “those who earn more will pay more”, “it is for everyone, it is better for Brazil”, trying to make believe that the reform was necessary and it would imply equality and justice.

On the other hand, those who opposed the reform demonstrated mathematically that nothing should be done, pointing out the DRU - Untying of the Federal Revenue as a strong proof of the absence of deficit.

In the view of the Government, in the previous social security system, the wealthy tended to retire earlier and with higher values, with urban workers being socially more favored (higher income, formality, stability throughout their working life and better working conditions) justifying the retirement due to contribution time. It was also pointed out that there was no minimum age of retirement, and

therefore they retired with an average age of 54,6 years in 2018, with an expectation of receiving the benefit for 27,2 years, and with an average value of about R \$ 2.231,00.

The opinion of Senator Tasso Jereissati, rapporteur for the project of reform, contained these considerations:

“About 31 years ago we signed the Constitution. Now let’s decide: is it really going to be the Citizen Charter or is it going to be a Social Security Charter? Are we going to seek to ensure the promises of 1988 or will the State only be personified in agencies of the National Social Security Institute (INSS) and payments to public servants?”

It has been also argued in relation to the aging of the population, understood as an increase in the median age of the population, with emphasis on the fact that Brazil already spent on social security in relation to its Gross Domestic Product (GDP) the same as countries with much older people, like Germany and Japan, and twice as many as countries with their demographic profile. According to information from the Government, there was a commitment of 14% of GDP, which could reach 25% of GDP in the estimate of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) in 2050.

It is important to highlight that the Reform had the corollary of saving 1 trillion reais in 10 years. In the Government’s view, the adjustment points to a horizon of greater stability in the macroeconomic environment, pushing away a debt crisis that was approaching with “hyperinflationary” potential, without, however, confronting constitutionally guaranteed rights.

It is important to note that when dealing with social security, it is first necessary to observe the legal good protected. Or rather, it is not a company that aims to profit, on the contrary, the real objective of social security is to protect the work capacity of policyholders.

The Federal Constitution of 1988 provided for a series of rights and guarantees, which are challenged by Constitutional Amendment No. 103 of 2019, since there was an increase in the minimum age of women from 60 (sixty) to 62 (sixty-two) years old; annihilation of retirement due to contribution time; restriction to the pension benefit

due to death, as well as restriction to the accumulation of retirement with pension, besides having made the institute of special retirement an almost unattainable benefit.

Thus, this article is divided into the analysis of the right to existence; figures related to the population's poverty, insertion of women in the labor market and social security; reflection on the possibility of women's access to social security benefits and the consequent impact on women's life reform.

2. Origins of social protection

Since the dawn of mankind, there has been a constant concern with the misfortunes of life, and it can be said that social protection was truly born in the family, since care for the elderly and the disabled was the responsibility of the youngest and able to work. The Church assumed this role for years and, only with the edition of the "Law of the Poor", in the 17th century, did the State take any concrete action.¹

The emergence of social protection was largely influenced by industrial society, in which the working class was decimated by accidents at work, child labor, alcoholism, among others.²

In fact, the first legislation to deal with the theme of work accidents was the German one, in 1884, through Bismarck. A broad definition of an accident at work was established, including that which occurred during the employment contract. There was medical and pharmaceutical assistance. The payment of a monetary amount was determined to compensate for the fact that the employee would go unpaid, as well as funeral assistance, in case the fatal accident occurred. The employee received a benefit corresponding to 100% of his salary while the disability lasted. Pension is paid in case of death. In the first moment, the insurance was made mutually and later guaranteed by the German Treasury. The law was applied only

¹ F. IBRAHIM, *Curso de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro, Impetus, 2018, XX ed.

² P. BONAVIDES, *Do estado liberal ao estado social*, São Paulo, Malheiros, 1996.

to industries that had dangerous activities, also establishing a system of safety standards at work.³

In 1935, in the United States, the Social Security Act emerged, with a broader scope than the old social insurance systems, greater coverage of people and social needs.⁴

At the same time, the Social Security system in the United Kingdom, known as the Beveridge plan, emerged in the 40s of the 20th century, based on the fact that all citizens, taxpayers or not, have guaranteed the minimum to survive.

From the Beveridge and Bismarckian systems, we have the historical assumptions that allowed the full theoretical formation of the Welfare State. It is important to highlight that the countries in which the welfare state has developed the most have also experienced growth in their economy.⁵

In Brazil, the Federal Constitution of 1988 followed the same global logic and provided for a state of social welfare, with social security enshrined as a social right and retirement as the right of workers.⁶

The idea of social protection is closely linked to the fundamental constitutional principles of human dignity and social justice. As a social policy, social security has material equality as its constitutive element, keeping the potential to provide dignified subsistence with social and human development. In this way, an objective social protection system, not only individual stability, but social balance and collective interest.⁷

³ F. AMADO, *Direito Ambiental*, Salvador, Juspodivm, 2019, X ed.

⁴ F. IBRAHIM, *Curso de Direito Previdenciário*, cit.

⁵ F. GOMES, *Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil*, in *Rev. Adm. Pública*, mar./abr. 2006, vol. 40, n. 2, pp. 39-40.

⁶ ANFIP, *Análise da Seguridade Social 2017*, Fundação ANFIP de Estudos da Seguridade Social, 2018. Available at <https://www.anfip.org.br/publicacoes/analise-da-seguridade-social-em-2017/>

⁷ J. SAVARIS, M. GONÇALVE, *Compêndio de direito previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2018, pp. 29-30.

3. Dignity of the human person and right to existence

The evolution of the concept of human dignity dates back to 1948 with the Universal Declaration of Human Rights, which article 1 states:

“All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood”.

In the Federal Constitution, the principle of human dignity is provided for in the caput of article 5 and assumes life and, as a consequence, security, property, freedom and equality.

It is important to highlight that a dignified life depends on the existence of social rights that must be provided by the State. The Federal Constitution provides, in the caput of article 6, that “Education, health, food, work, housing, transportation, leisure, security, social security, maternity protection and childhood, assistance to the helpless (...)”. Such rights, as well as the “(...) right to an ecologically balanced environment, a common use of the people and essential to a healthy quality of life (...)”, provided for in article 225, caput, also of the Constitution, may represent the existential minimum that every citizen should enjoy through the positive action of the State.

Even if it is difficult to translate into words what a dignified life would be, it is fully possible to visualize when an individual has his dignity hurt. On the other hand, the meaning of existential minimum is not measurable, as it involves much more qualitative than quantitative aspects.⁸

The right to existence, normatively and technically, consists of the implantation of a universal subsidy guaranteeing the basic income. The basic income consists of an income unconditionally guaranteed by the State to all citizens that is characterized: 1) being universal, 2) it is received independently from other sources of

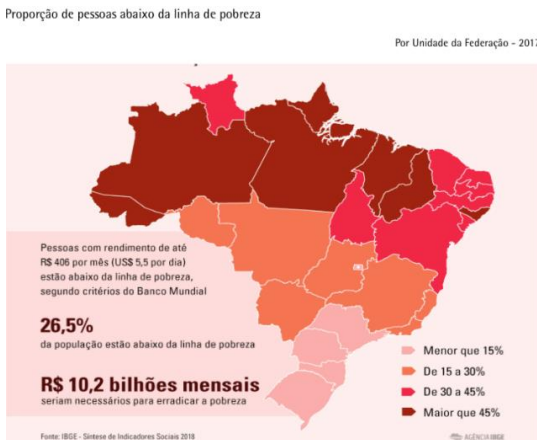
⁸ V. QUEIROZ, M. PRADO, *O direito fundamental ao mínimo existencial e seus reflexos tributários e previdenciários*, in *Revista dos tribunais*, 2017, vol. 976, n. 106, pp. 303-322.

income and, 3) it does not require any consideration.⁹

It is also important to highlight that social security benefits are the only source of income for thousands of families in all regions of Brazil, avoiding hunger and malnutrition, in addition to removing countless citizens from the situation of poverty. Thus, social security, as a public policy, integrates a set of solutions for a citizenship project, among them the reduction of poverty, being also important in the economic movement of the municipalities, since it sustains consumption generating income and development.¹⁰

4. Statistical data

Studies released by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE) show that poverty in Brazil increased between 2016 and 2017, according to data from the Synthesis of Social Indicators (SIS) demonstrate below:

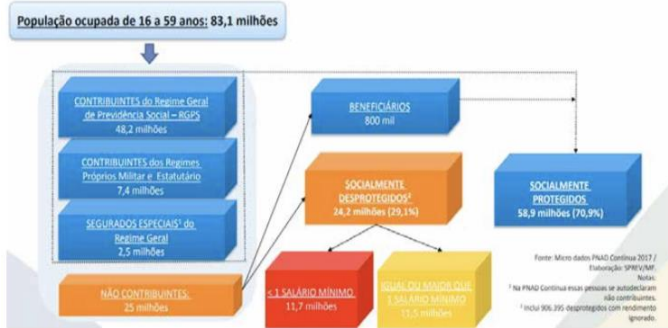


⁹ A. ZICCARDI, *El derecho a la existencia y libertad real para todos*, in *Gest. polít. pública*, 2009, vol. 18, n. 1, pp. 179-184.

¹⁰ A. SÓLON et al., *A Previdência Social e Economia dos Municípios*, Brasília, ANFIP, 2019, p. 245.

It should be also noted the panorama of social security protection for the employed population aged 16-59, data from 2017.¹¹

Panorama da proteção previdenciária da população ocupada com idade entre 16 e 59 anos, Brasil - 2017



Furthermore, according to the data from the 2018 World Economic Forum, Brazil is in the 95th position in the global index, among the 149 countries evaluated, in the political and economic participation of women; the rate of economic participation and opportunities for women is 64%. It is estimated that, at the rate of 2018, Brazil will take 202 years to achieve economic equality between women and men.

According to the PNAD of the 4th quarter of 2018, the involvement of women in productive activity, despite having shown growth in recent years, is less than that of men. The participation rate of men in the labor market was 71,5%; and for women, 52,7%. Women are in less socially valued occupations than men, concentrating in the areas of education, health and social services (21%), commerce and repair (19%) and domestic services (14%), activities that are characterized as extension of unpaid domestic work (cleaning, education and care).¹²

¹¹ *Ibidem.*

¹² IBGE, PNAD (National Household Sample Survey), (4Q) 2018.

Regarding income from formal or informal jobs, the average remuneration for men was 28,8% higher than that for women. In some areas where women are the majority – such as education, health, and social services – this difference is even more pronounced: male pay was 67,2% higher than that of women.

Of the total number of employed women, 23,3% worked without a formal contract and 23,9% were self-employed or family assistants, that is: almost half (47%) of women in the labor market did not have records in their work permits, which imposes difficulties to social security contribution.

Moreover, the amounts of benefits paid to women are, on average, lower than the amounts paid to men. In 2017, the average value of active benefits in the General Social Security Regime (RGPS) for all beneficiaries was equivalent to R \$ 1.336,29. The average amount paid to men was R \$ 1.516,29, while to women of only R \$ 1.153,83, with a difference of 31% (and below the national average).

It is also noted that, due to the constant withdrawal of women from the labor market, retirement provided by age is the most common modality among female workers, due to the difficulty in accumulating the minimum time required for retirement by contribution time.

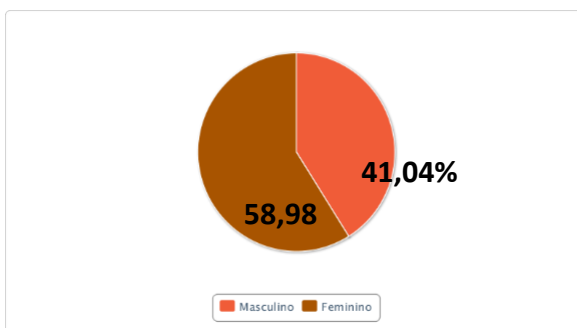


Figura 1- Aposentadoria por idade
Fonte: própria (2019)

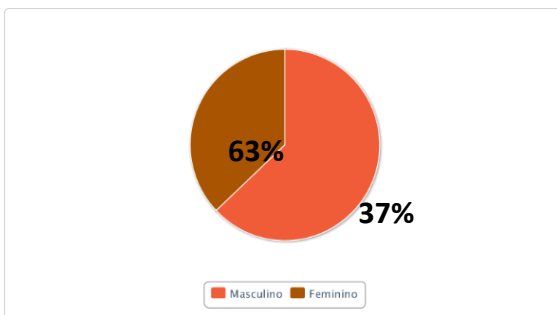
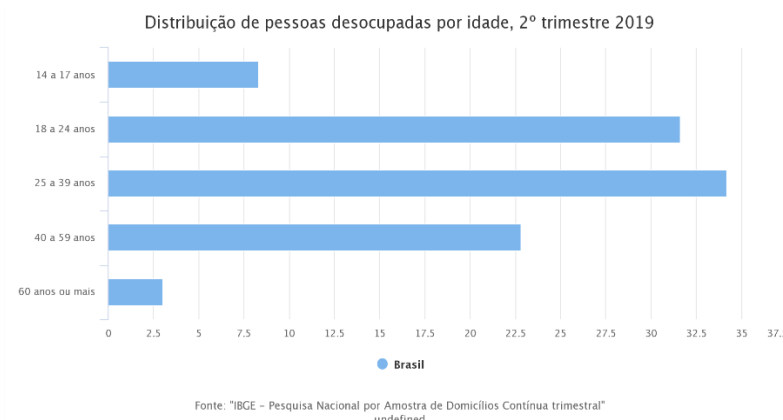
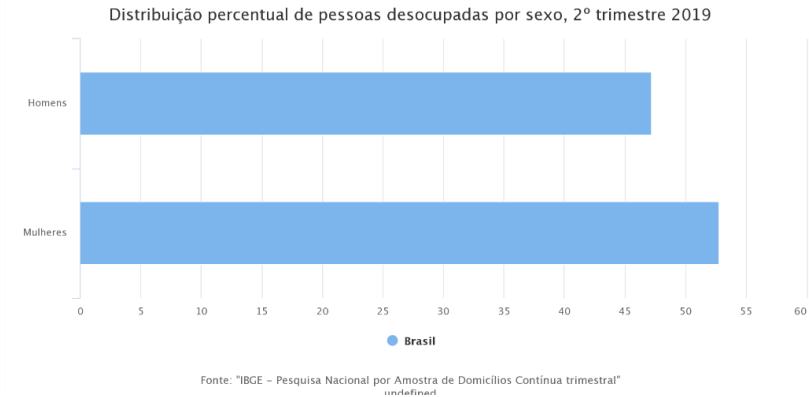


Figura 2- Aposentadoria por tempo de contribuição
 Fonte: própria (2019)

According to INSS data, women’s pensions granted in 2014 reveal that women had, on average, 22,4 years of contribution. Considering only retirement by age, 50% of women who accessed this benefit proved, on average, only 16 years of contribution. Statistical data from the IBGE show the percentile of 22,5 people between 40 and 59 years of age unemployed. On the other hand, it shows more than 50% of unemployed women, against just over 40% of men.





It is important to note that inequality between men and women is worldwide, however the Nordic countries are those that occupy the top positions of the ranking, with greater parity in Iceland, Norway, Sweden and Finland. Among the 20 largest economies in the world, France leads the list, in the twelfth place, followed by Germany (14), the United Kingdom (15), Canada (16) and South Africa (19).

In France, in addition to more equality between men and women, many public policies that affect the participation rate of older workers were adopted from 1993 to 2003, mainly in the context of social security reform laws and Social Security Financing Laws (LFSS). These measures were mainly aimed at reducing the retirement age (while opening the margins of choice and considering long careers and restrictions of difficulties), in addition to restricting incentive schemes and early cessation of activity. In the same way, several European countries reformed their social security systems, while promoting job creation, something that did not happen in Brazil. On the contrary, a project of greater job insecurity was implemented, through the green and yellow contract, Provisional Measure 905, which provides for exemption from payment of social security contributions, leaving this worker in need of social protection.

5. New social security and the Constitutional Amendment 103 of 2019

Constitutional Amendment 103 of 2019 provides for an increase in the minimum retirement age by age of women in the urban sector, from 60 to 62 years, in addition to increasing the contribution time for access to the full benefit, from 30 years to 35 years.

The transition rules state that there will be a minimum age for the granting of retirement for time of contribution in a progressive manner, with an initial age of 56 years, receiving an increase of 6 months each year, until 2031 when it will reach 62 years, when retirement due to contribution time will end.

Another matter of great relevance is the form of calculation, since for each year of contribution that exceeds the 15 years required for women, 2% will be added to the benefit amount. Thus, to achieve 100% of the benefit, women will need the unattainable mark of 35 years of contribution time.

The pension due to death will also profoundly affect women since they are the ones most benefited from this benefit, totaling 83% of those receiving INSS pensions due to death, according to the Social Security Statistical Yearbook. Among pensioners, 71% are 60 years of age or older.

It is noteworthy that the pension due to death even before the enactment of Constitutional Amendment No. 103/19 corresponded to 100% of the amount, with the possibility of reversal of the quotas, after loss of the right by the beneficiaries. Note that, as of November 13rd, 2019, this amount will be 50% of the value of the deceased spouse's benefit, with an increase of 10% per dependent, until reaching 100%.

Thus, in order to receive 100% of the benefit amount, it will be necessary to remain five or more dependents or, in case of physical or mental disability of any of them, emphasizing that once the right to quotas is lost there will be no reversion in favor of the other beneficiaries.

The changes described above will make it difficult or even

prevent women from accessing social security benefits, directly offending the social protection system, notably the dignity of the human person, since it will not guarantee the minimum existential provided for in the Federal Constitution. They further deepen the gender distinction, since income disparities demonstrate that dependence on men persists.

As if that were not enough, EC No. 103 of 2019 foresees the impossibility of integral accumulation of retirement and pensions (affecting older women, widows), significantly reducing the value of this benefit.

Finally, it is important to highlight that there is a Proposed Amendment to the Constitution (PEC No. 133 of 2019), pending in the Chamber of Deputies, which propaganda was that it would be approved in concomitance with the EC 103 of 2019, easing several cruelties of the reform proposals. The PEC under discussion could ease the transition rule for women's retirement; safeguard the right to the minimum wage, when the pension due death benefit represents the only source of income, as well as provides for a transition rule regarding the method of calculating the benefits, establishing the proportionality of the disposal rule of the 20% of the lowest contributions and counting of the 80% highest contribution wages provided for in the previous legislation.

6. Conclusions

The analysis reveals the structural evolution of social security, from its origins to the contemporary and proposals for the future, showing how deep are the changes promoted by EC 103 of 2019 and their impacts on the lives of Brazilian women.

Firstly, we have observed that the social security issue has never been seriously studied, with occasional changes whenever a different political group reaches power. There is no technical study on the impacts of the proposed changes in the medium and long term, so that, in general terms, the reforms are poorly designed. Not infrequently in recent discussions on social security reform,

politicians have been observed referring to the benefit of continued provision as being retirement, discussing about special retirement, without knowing how to talk about unhealthy or dangerous agents. It is hard to believe that deputies and senators approved Constitutional Amendment 103 of 2019, one of the most profound reforms in Brazilian social security, understanding the real impact of the proposed changes.

As widely discussed, the reality of Brazilian women, unfortunately, is still quite dissimilar from that of developed countries, with a large social gap between men and women, despite the fact that government leaders claim that this difference has been overcome in current generations (*sic*).

According to the statistical data presented, it will take approximately two centuries to achieve the longed-for equation between men and women in Brazil, so that Governments cannot forget the need for immediate implementation of policies to correct these distortions, which was not observed until the present date.

It should be noted that Scandinavian countries are at the top of the ranking when it comes to gender equality, with France and Germany well placed on the world stage. At this point, it is worth remembering that the countries that made the best use of the Welfare State were also the ones that best developed economically and socially. Contrary to what happens in the countries described above, Brazil never fully established the State of Social Welfare, even with the 1988 Constitution guaranteeing several social rights, social welfare here differs greatly from developed countries.

Furthermore, social protection policies involve the subsistence and maintenance of the dignity of the human being in periods when he has a reduction or loss of his working capacity, requiring social security to maintain his purchasing power in order to provide for himself and to their dependents.

Considering the statistical data and the changes proposed by Constitutional Amendment No. 103 of 2019 it is clear that the access of women to social security benefits will be impaired due to the increase in the minimum age from 60 years to 62 years; raising the

contribution time for full retirement from 30 years to 35 years; in addition to the decrease in the pension amount due to death and the impossibility of fully cumulating pension and retirement benefits.

There was no development of solutions for maintaining women in the labor market, nor policies of equal pay, unlike what happened in European countries, which developed parallel devices to promote employment.

It is observed that the social character, intrinsic to Social Security, was abandoned by the Government that made a purely economic reading, offending the right to a dignified existence of the individual and harming the whole Brazilian society, since the harmful consequences of today's changes will be perpetuated in the whole society for years to come, when there will be a legion of poor people on the decline of social protection.

Bibliography

AMADO F., *Direito Ambiental*, Salvador, Juspodivm, 2019, X Ed.

BALERA W., FERNANDES T. D., *Fundamentos da seguridade social*, São Paulo, LTr, 2015.

BONAVIDES P., *Do estado liberal ao estado social*, São Paulo, Malheiros, 1996.

GOMES F., *Conflito social e welfare state: Estado e desenvolvimento social no Brasil*, in *Rev. Adm. Pública*, mar./abr. 2006, vol. 40, n. 2.

IBRAHIM F., *A previdência social como direito fundamental. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, Rio de Janeiro, Impetus, 2008.

IBRAHIM F., *Curso de Direito Previdenciário*, Rio de Janeiro, Impetus, 2018, XX ed.

LAZZARI J., *Comentários à reforma da previdência*, Rio de Janeiro, Forense, 2020.

LEITE C., *Manual de direitos humanos*, São Paulo, Atlas, 2014, III ed.

RAVENTÓS D., *Renta básica, republicanos, liberales y daltonismo político*, in *Revista de Libros*, 2001, num. 53.

SAVARIS J., GONÇALVE M., *Compêndio de direito previdenciário*, Curitiba, Alteridade, 2018.

SÓLON A. et. al., *A Previdência Social e Economia dos Municípios*, Brasília, ANFIP, 2019.

QUEIROZ V., PRADO M., *O direito fundamental ao mínimo existencial e seus reflexos tributários e previdenciários*, in *Revista dos tribunais*, 2017, vol. 976, n. 106.

WALLACE W., *A seguridade social no Brasil e no mundo*, 2007.

ZICCARDI A., *El derecho a la existencia y libertad real para todos*, in *Gest. polít. pública*, 2009, vol. 18, n. 1.

XIV

Concluding remarks

*Miriam Schettini**

Summary: 1. Introduction – 2. Solidarity in European Union Law: the balancing point between inter-state and supranational dimensions – 3. Solidarity in Brazil. A founding value of the Federal Republic to improve – 4. The link between Solidarity and the affirmation of fundamental human rights – 5. Final remarks. Solidarity as a concept to fill with meaning.

1. Introduction

The reader who has gone through the various articles of this book has certainly noticed the variety of approaches, topics and point of views expressed. The principle of Solidarity, applied to Law, has been discussed in many ways, as many as the contributions in this volume. This observation alone allows to appreciate the complexity of this theme and its great topicality and relevance at the same time.

However, although each article seems able to stand on its own, the book as a whole appears far from fragmented: each part interacts with the others, offering new awareness on the principle of Solidarity, as anticipated in the title, and suggesting new ways to improve its application not only in European Union Law, but also beyond it.

* PhD Student, Department of Law, University of Pisa.

These ending pages are not aimed to summarize all the articles in this book; their purpose, instead, is to try to gather up the various threads rising from the articles, extract and highlight main ideas.

2. Solidarity in European Union Law: the balancing point between inter-state and supranational dimensions

In inter-state relations it seems “difficult to apply an anthropomorphic idea such as Solidarity”.¹ Thus, Solidarity appears to be a principle that can characterise relations between people, not between sovereign legal entities.

George Scelle looked at International society as an integrated community based on Solidarity. However, this was possible because George Scelle considered that:

“International society does not result from coexistence, from the juxtaposition of States but, on the contrary, from the interpenetration of peoples through international trade. It would be rather curious that the phenomenon of sociability that underlies the society of the State stops at the borders of the State... International relations are interindividual relations between groups that are established beyond the borders. It is because there are commercial, community and intellectual ties between peoples that there is a *de facto* international society and a legal order that derives from it and from which a society governed by Law emerges. Relations between individuals are the essence of the international community”.²

Scelle himself acknowledged the incomplete realization of the integration process of this community which appears to be managed eminently by States that are far from acting in the name of Solidarity. In Scelle’s works, there is an opposition between what he calls “la société interétatique” and “la société superétatique” in which the

¹ See P. MANZINI, *La solidarietà tra Stati membri della Unione europea: un panorama ‘costituzionale’*, in L. MANDERIEUX, M. VELLANO, *Etique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 137.

² See G. SCELLE, *Droit International Public*, Paris, Editions Domat-Montchrestien, 1944, pp. 19-20.

ideal of the International community, characterized by unity and Solidarity, can find its fulfilment.

In contemporary international society it is possible to see a tension towards the affirmation of international Solidarity.³ However, international Solidarity as expression of a spirit of unity among individuals, peoples, states and international organizations, encompassing the union of interests, remains an ideal to strive for, rather than a reality.

The European Union introduces a different dimension of Solidarity. In the legal order of the European Union, Solidarity is a cross-cutting concept which is expressed in numerous provisions of the Treaties.⁴ In the Treaties, however, the concept of Solidarity lacks an all-encompassing definition. At the same time, it is the vagueness of the concept of Solidarity, specifically, that makes it versatile and adaptable to different meanings.

³ One of the purposes of the United Nations, clearly inspired by Solidarity, is to achieve international cooperation in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all, without distinction, and all State Members pledge themselves to take joint and separate action in cooperation with the Organization for the achievement of this purpose. International Solidarity inspires the Universal Declaration of Human Rights, in which the equal and inalienable rights of all members of the “human family” are recognized and which states that all human beings are born free and equal in dignity and rights and affirms that everyone is entitled to an international order in which rights and freedoms can be fully realized (See Universal Declaration of Human Rights, Preamble, and art. 1). Solidarity is also mentioned in other important international instruments. See, *inter alia*, the Preamble to the Convention relating to the Status of Refugees; the Preamble of the United Nations Framework Convention on Climate Change, in which the parties acknowledge the need for international cooperation in accordance with common but differentiated responsibilities and respective capabilities; the global commitment to solidarity for sustainable development found in international documents including the Rio Declaration on Environment and Development of 1992, the Copenhagen Declaration on Social Development and Programme of Action of the World Summit for Social Development of 1995, the United Nations Millennium Declaration of 2000, the Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development and the 2030 Agenda for Sustainable Development of 2015.

⁴ In the Treaties the word “Solidarity” appears 16 times.

Solidarity is intrinsic to the European project, as Anna Milioni and Alessio Scaffidi rightly pointed out. In fact, Solidarity seems to be the appropriate expedient to overcome particularisms and to make the States sovereignty suitable for an integration system. At the basis of the European project there was, in fact, the awareness that the persistence of nationalisms among European States would constitute a constant threat to peace and, therefore, it was necessary to create a political union capable of putting existing contradictions “in brackets”. However, this aim could not realistically be achieved immediately, but it needs to be achieved gradually by encouraging forms of Solidarity in specific areas in order to promote a *de facto* integration between European countries over time.⁵

Art. 2 TEU refers to Solidarity as one of the *founding values* of the European Union’s system: it is at the basis of the States’ participation in the process of supranational integration in the view of the pursuit of their common objectives.⁶ Consequently, Solidarity implies an obligation of mutual assistance in fulfilling the obligations provided in the Treaties or resulting from acts of the institutions, refraining from any action that might jeopardise the achievement of the Union’s objectives (art. 4, par. 3 TEU). Solidarity is also the *principle* that should guide the Union’s supranational legislative activity. Article 3 TEU lists Solidarity among the objectives of the Union outlining an active role for the Union in promoting Solidarity among Member States inasmuch a cornerstone of the Union’s economic, social, and territorial cohesion.⁷ In addition, Solidarity is an *instrument* in order to

⁵ As stated by Robert Schuman in the declaration of May 9th, 1950: “Europe will not be made all at once, or according to a single plan. It will be built through concrete achievements which first create a *de facto* Solidarity”.

⁶ Article 2 TEU expressly refers to a community “characterised by pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men”. See U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione Europea*, Bari, Cacucci, 2017, V ed., p. 34.

⁷ Art. 3 TEU not only sets Solidarity as one of the objectives for the completion of the internal market but implies an active role of the Union in promoting inter-state Solidarity together with economic, social and territorial cohesion.

strengthen the effectiveness of the Union's policies and in order to ensure the resilience of the European system in case of crisis.⁸

The analyses carried out in the first part articles of this book show that the three macro-aspects of Solidarity in the European Union system, illustrated above, should not be isolated one from each other, but should find a harmonious realization. Only in this way the Union can overcome the tension between “la société interétatique” and “la société superétatique” finding a balance that ensures the coexistence of the two.

Anna Milioni's article (chapter II) offers an interesting perspective regarding the role and the normative significance of social Solidarity in the European Union. Europe is usually associated with the notion of welfare state: the protection of social rights in the EU has been recognised, indeed, as the way to achieve the values of freedom and equality. However, Milioni points out that the role of the European Union, regarding social Solidarity, is strongly contested. In fact, the principle of freedom of movement across the Union puts pressure on the Member States' national systems of welfare. Moreover, the principle of non-discrimination between European citizens based on nationality have imposed strong limits on the ability of states in order to determine their own welfare policies. From this arises a strong contradiction between the European social Solidarity, which is mainly implemented in the right of free movement, in the right of non-discrimination on the basis of nationality and in the equal treatment principle, on one hand, and national social Solidarity, which is implemented in the respective national welfare systems of the EU Member States, on the other

⁸ In this sense, Solidarity also serves as a basis for assistance and support actions in exceptional and emergency cases, e.g. art. 42(7) TEU introduces a mutual defence clause providing that if an EU Member State is the victim of an armed aggression on its territory, the other EU Member States have an obligation to aid and assist it by all the means in their power. This provision is supplemented by the Solidarity clause (article 222 TFEU) which provides that the Union and its Member States shall act jointly if a Member State is the object of a terrorist attack or the victim of a natural or man-made disaster.

hand. Thus, the relation between national welfare systems and the principle of social Solidarity in the EU Law is unable to achieve an equilibrium capable of making them compatible and allowing them to coexist: one impoverishes the other, undermining their respective legitimacy. The result, stressed Milioni, is a lack of confidence in the capacity of the EU to guarantee to the European citizens a better condition of their lives. The tension between national Solidarity and the European social Solidarity and the lack of permanent legal solutions to this issue, makes it impossible for the Union to achieve the objective set out in the Treaties, namely to protect and promote social Solidarity both at national and transnational level. The solution proposed by the author is to conceive Solidarity as *joint action* and to introduce in the EU legal system social Solidarity obligations based on reciprocity.⁹ The commitment of the states to these obligations, thus, would be the result of a cost-benefit calculation: being part of a long-term joint project entails costs in the short-run in the view of achieving long-run benefits capable of offsetting the losses and improving the starting situation of those involved. Therefore, conceiving the Union as a system of cooperation between its Member States in the field of social Solidarity may be the solution to reconcile particular interests and the general interest of the Union, finding a balance between the two. This means that Member States would be forced, and at the same time driven, to share costs and benefits of their joint action. In such a perspective, it would be possible to grasp the unitary sense of the Union and to create the conditions for a principle of European social Solidarity encompassing the differences. However, in the absence of mechanisms capable of supporting national social systems in the short run (when they may have to face onerous costs), such a prospect seems impractical if not through the creation of such mechanisms.

⁹ This solution is inspired by the article of A. SANGIOVANNI, *Solidarity as Joint Action*, in *Journal of Applied Philosophy*, 2015, vol. 34, n. 4.

Despite these limitations, the welfare systems of some EU Member States are among the most advanced in the world. In fact, they are considered a model for other extra-EU Countries, for example Georgia, as Ani Butkhuzi (chapter XII) reminds in her article.

Another perspective about the application of the principle of Solidarity in EU Law is addressed in the paper of André Augusto Giuriatto Ferraço (chapter III). According to the author, Solidarity is a tool to ensure the resilience of the European system in case of crisis, mitigating the effects of natural or man-made disasters. The author analyses article 222 TFEU¹⁰ trying to define exactly the boundaries of the “Solidarity clause” to correctly establish its space of action. It is important to consider that the analysis carried out by Giuriatto Ferraço only regards how to activate the clause in case of natural or man-made disasters. The author stresses the ambiguous nature of the text that does not define the meaning of “natural or man-made disaster”. Furthermore, he tries to specify the concept of disaster, and to draw an ideal threshold that leads to the activation of the clause. For this purpose, he faces the issue of the legal meaning of disaster with an approach that, by going beyond a naturalistic perspective only regarding the causes of the event, analyses – simultaneously – its consequences and the resilience of the affected system. This allows the author to assess the features of a disaster that clarifies the *ratio* of the Solidarity clause introduced by article 222: a disaster causes the destabilization of the affected system compromising its functionality; the disaster is therefore a pathological moment in the life of the system and remedying it is crucial to the preservation of the system itself. Therefore, states

¹⁰ In addition to the references cited by the author in chapter III, see, *inter alios*, P. MENGOZZI, *Clausola di solidarietà*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 1834-1840; M. GESTRI, *La clausola di solidarietà europea in caso di attacchi terroristici e calamità (art. 222 TFUE)*, in AA.VV., *Studi in onore di Luigi Costato*, Napoli, Jovene, 2014, pp. 537-552; P. HILPOLD, *Filling a Buzzword with Life: The Implementation of the Solidarity Clause in Article 222 TFEU*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, pp. 209-232.

Giuriatto Ferração, the severity of the event and its impact on the European system are the main evaluation parameters for the activation of the clause.

If one considers that article 222 TFEU is not just an obligation of Solidarity *among* Member States (art. 222, par. 2 TFEU), but also a responsibility of the Union *towards* the Member States (art. 222, par. 1 TFEU) will be easier to understand the clause relevance. Solidarity thus becomes, in the text of article 222 TFEU, the common term for a relation that has both an inter-state and supranational dimension.

In general, it is possible to state that emergency situations exacerbate the need for Solidarity across the European legal order, as the recent economic and health crisis caused by Covid-19 pandemic has demonstrated. The European response to the pandemic, however, was in contrast with the principle of Solidarity: the EU Member States turned back on themselves, adopting nationalist solutions. This attitude has been changing: the EU Member States made medical and health devices available and proposed financial instruments to support the economies of the European States. However, the latter action was introduced through the European Stability Mechanism (ESM) whose functioning, as Alessio Scaffidi (chapter IV) points out in his paper, seems not in line with the principle of Solidarity. The ESM, established by an intergovernmental treaty, is *de facto* outside the legal framework of the Union, but it is included in the reformed article 136 TFEU. The rationale of the fund is to preserve the financial stability of the EU in case of a crisis assuming that the difficulties of one Member State can affect the macroeconomic stability of the whole Union. Therefore, as Scaffidi pointed out, the ESM action is essentially corrective in nature inasmuch it aims at managing financial crisis situations that could spread to the whole system. Several scholars identified the ESM as the main mechanism designated to promote cooperation and Solidarity among Member States. Moreover, its creation seems to be the definitive shift from “negative” Solidarity to “positive” Solidarity based on concrete actions to help States in need. This seems to be the realisation of what article 3 TEU is aimed

to achieve, namely a social market economy based on the principles of competitiveness, cohesion and Solidarity. However, it is necessary to stress that the granting of loans is subject to conditionalities that both in the ESM Treaty and in article 136 TFEU are defined as “strict”. Scaffidi thus argues that Solidarity and conditionality are the two opposing terms of an “ontologically inseparable” binomial that has not yet reached a balance. According to Scaffidi, it is necessary a long-term perspective in order to achieve this balance, by “reabsorbing” the ESM within the Union. Two reforms, however, should follow this reabsorption: 1. creation of an equalization system based on the European fiscal union; 2. mutualization of future public debt of European Member States, using debt common measures to the whole Union. According to the author’s point of view, thanks to this prospect, Solidarity can be the instrument to overcome difficulties sharing actions, and not to only a “victim” of the economic crisis.

3. Solidarity in Brazil. A founding value of the Federal Republic to improve

This book, as said before, offers interesting reflexions regarding the role that Solidarity plays in the Brazilian legal system, focusing on social rights.

Geraldo Magela Leite (chapter V) reminds that the Brazilian Federal Constitution of 1988 identifies Solidarity as one of the founding values of the Federal Republic. Among the Federal Constitution objectives: to build a free, just and Solidarity-based society; to put an end to poverty and social exclusion; to reduce social inequalities; to promote well-being to all citizens without any form of discrimination.¹¹ However, Geraldo Magela Leite argues that Brazil has not yet achieved these objectives. The unsuccessful achievement of these Constitution’s objectives leaves Geraldo Magela Leite strongly critical and disenchanted with the Brazilian

¹¹ See Constitution of the Federative Republic of Brazil, article 2.

system. Through an historical-social analysis, Leite shows that inequalities and the lack of Solidarity are the result of the Nation's history: the causes of the lack of a sense of community (that implies Solidarity) results from the Brazil's colonial history and from the coexistence of different ethnic groups, that are not perfectly integrated. As the author points out, indeed, the Constitution was a legal-constitutional response to the Brazilian reality, characterized by inequality and social exclusion. It is in this context that Solidarity and the principles of a just and Solidarity-based society have been included in the Federal Constitution.

Luanda Freitas Tavares Costa (chapter VI), in fact, underlines that article 3, point I of the Federal Constitution contains the constitutional foundation of a free, just and Solidarity-based society with the aim of harmonise individual needs with the social interests of the community. The mean of Solidarity in the Brazilian Constitution, as the author reminds in her paper, is close to the concept of redistributive justice: it aims to promote the fair redistribution of rights, duties and benefits to the members of the Brazilian society. The notion of Solidarity outlined in the Constitution, therefore, has nothing to do with the principles of charity and philanthropy, but is the prerequisite for the realization of the fundamental rights of the human being. Therefore, Solidarity is also, and above all, the result of a relationship: the human being is not an abstract and isolated being, but an individual living in a social context. Coexisting with other people implies that not only the full realization of the individual should be guaranteed, but also the full realization of the people with whom the individual is in relation with.

On the basis of this argumentation it is possible to understand the reason why, as Lisiane Guerin (chapter VIII) argues, Solidarity is inherent in the social assistance system of the Brazilian Federal State: the financing of such a system, in fact, is a responsibility of the Brazilian society as a whole. Lisiane Guerin highlights, indeed, the difference between the system of social security and the system of social assistance: the first one is referred to those people who pay contributions; the second one, is referred to the most needy people

facing a real vulnerability. Lisiane Guerin stresses that, in Brazil, social assistance has not just a national coverage, since Law 8.742/1993 established that it is also referred to foreign people. This is possible because, according to the Federal Constitution, there is no difference between Brazilian citizens and foreign people, in accordance with the idea of a duty to respect the dignity of the human person. Besides, as Helena Schymiczek Larangeira de Almeida (chapter IX) presumes, we should consider this kind of overture in a wider framework. Foreign people living there are integral part of the population as other Brazilian citizens, because of their contribution to the Common Good. This is why, according to the author, citizenship should be dissociated from nationality.

In the Federal Constitution, the principle of human dignity is enshrined in article 5. Sergio Torres Teixeira and Shynaide Mafra Holanda Maia (chapter XIII) point out that human dignity depends also on the existence of social rights which must be guaranteed by the state. The idea of social protection, in this perspective, is closely linked to the fundamental constitutional principles of human dignity and social justice. As a social policy, state the authors, social security has equality as its constitutive element. However, this is not fully realised in the Brazilian system.

It is necessary to underline that in Brazil there is also a private welfare system complementary to the public welfare system, the complementary pensions plan, that Antônio Almir do Vale Reis Júnior (chapter VII) analyses in his article. This kind of system, although partly contrary to the values of Solidarity described above, is necessary to guarantee retired people to maintain their living standards close to that one of the working age. However, it seems that this system could act as an additional catalyst for inequality.

4. The link between Solidarity and the affirmation of fundamental human rights

The idea of Solidarity – as a value that allows to overcome the differences between people and to affirm their equal dignity – has

ancient origins. In classical Greece, the basis of the political and legal order of the *polis* was a spirit of citizenship and belonging to the society. The ideal of the *paideia*, the moral and cultural perfection to which each person should aspire, in fact, could only be achieved in the societal dimension where everyone realised its true human nature. This ideal, even if restricted within the narrow limits of the Greek *poleis*, has been re-elaborated by the Romans in the concept of *Humanitas*. *Humanitas* means becoming aware of the common universal human nature. As Cicero stated:

“it follows from this that it is also natural for men to have a common Solidarity with men, so that a man cannot seem alien to another man, simply because he is a man”.¹²

However, this value became instrumental to the civilizing mission of the Roman Empire, losing its deepest and universal meaning and becoming nothing more than an instrument of assimilation.

An idea of Solidarity closer to an universal conception of humanity, instead, seems to be found in Jewish society, as Tânia Mara Borger da Costa notes (in chapter X). In fact, Tânia Mara Borges da Costa’s analysis identifies Jewish society as the historical society with a developed sense of Solidarity among people. The old origins of this “instinct of Solidarity” could be found, according to Tânia Mara Borger da Costa, in the Laws that God gave to Moses. Jewish Solidarity, therefore, was based on values of justice and equity; it was a transtemporal principle that had the human being as its main point of reference. Solidarity thus became the antithesis of particularism and social inequality, acting as a glue for the fundamental values of Christianity: universality, equality, the value of the human person. Jewish Solidarity transcended the purely moral sphere, becoming a principle structuring the social and legal order of that society. However, these principles have not remained

¹² “*Ex hoc nascitur ut etiam communis hominum inter homines naturalis sit commendatio, ut oporteat hominem ab homine ob id ipsum, quod homo sit, non alienum videri*”, CICERO, *De finibus*, Liber III, 63.

confined in Jewish society, but projected themselves onto the whole Christian world.

It is clear that these values correspond to a society that is more artificial than real (as history shows), but this does not diminish their relevance: over time, they have been settled in the deepest structures of the common sense of Western society, becoming the fundamental parameters for judging conduct and behaviours not only in a religious perspective, but also from a legal one. At the same time, the progressive affirmation of a system of rules of conduct, based on these same fundamental values, made it possible to establish a series of limitations to the powers of sovereigns over human beings, and to gradually extend these limitations to social groups, nations and people, and finally to states themselves. Today, these values assume (or rather, aspire to assume) a universal dimension.

These values, represented in the notion of Solidarity, are at the basis of the claims of minority rights. Alexander Teutsch (chapter XI) highlights a particular right of crucial importance for minorities: the right to understand the trial language. This right, said Teutsch, is essential for the right for a fair trial to be granted and it is also a fundamental step to fill the principle of equality, making Solidarity an intrinsic element of it. This idea of Solidarity features also demands for gender equality, addressed in the article written by Sergio Torres Teixeira and Shynaide Mafra Holanda Maia (chapter XIII). In the end, we could say that these values are at the core of the general call for a more just and less unequal world.

5. Final remarks. Solidarity as a concept to fill with meaning

“Words do not have a meaning of their own, endowed with an objective existence that it is simply necessary to identify in order to guarantee their exact comprehension in any case, but words possess only the meaning that is attributed to them by the use made of them”.¹³

¹³ See R. AGO, *Droit positif et droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 1957, vol. 3, p. 15.

These considerations of Roberto Ago about the use of words in legal theory seem particularly adequate to explain the crucial problem that arises talking about Solidarity: what is the meaning to attribute to this term? It is not possible to give a definitive answer to this question. Solidarity is a polyvalent word that could fit multiple situations. It is up to scholars to interpret it in the way that best suits their purposes, isolating the situation that it should represent.

Solidarity, therefore, is not only an universal value that allow humanity to have back its unity. In the legal and political spheres, Solidarity is a principle of social order: it has both an international dimension, being a prerequisite for ensuring friendly relations between nations that go beyond mere coexistence, and an internal dimension, as a value capable of holding the social fabric of the State together.

This volume attempts to represent some aspects of this complexity. In the first section, the analyses have moved from the concept of Solidarity in European Union Law providing interesting insights on some controversial aspects of its applications and hypothesizing possible solutions to these problems; under the lens of Solidarity, the inter-state dimension gradually approaches the supranational dimension. The second section, instead, is collocated in a domestic Law perspective, offering interesting reflexions on the role that Solidarity plays in the legal system of Brazil, with a specific focus on social rights. The last section thus tries to expand the Solidarity perspectives analysed in the first two sections, giving some insights on the new frontiers of Solidarity in EU Law, in Brazil law, and even beyond them.

In this way, this collective book comes to fill with some meaning the concept of Solidarity applied to Law, even if the field of its applications remains open.

In particular, what arises from the contributions in this book is that the road to the definitive affirmation of Solidarity, as a principle of Law, is an uphill struggle and requires many efforts. This is true in the perspective of an international regional organization legal system such as the EU, for the legal system of the Federative

Republic of Brazil, but also for the International legal system more in general.

The humble intent of this book is to provide new awareness on the application of the principle of Solidarity to Law, through analysis, ideas and proposals which could be a stimulus for further reflexions.

*Finito di stampare nel mese di Ottobre 2020 presso:
CAMPANO SNC - Ghezzano (PI)*