

VII CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

**Tarcísio Vilton Meneghetti
Ruben Bahamonde
Luiz Carlos Avila Junior
(Organizadores)**

**Luciene Dal Ri
Pedro Trovão do Rosário
Helena S. Cardoso
Jussara Ribas Avila
(Coordenadores)**



VII CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

**Tarcísio Vilton Meneghetti
Ruben Bahamonde
Luiz Carlos Avila Junior
(Organizadores)**

**Luciene Dal Ri
Pedro Trovão do Rosário
Helena S. Cardoso
Jussara Ribas Avila
(Coordenadores)**

Reitor

Valdir Cechinel Filho

Vice-Reitoria de Graduação

José Everton da Silva

Vice-Reitoria de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

Rogério Corrêa

Projeto Editorial/Editor

Alexandre Zarske de Mello

Capa

Luana Abrahão Francisco

Organizadores

Tarcísio Vilton Meneghetti

Ruben Bahamonde

Luiz Carlos Avila Junior

Coordenadores

Luciene Dal Ri

Pedro Trovão do Rosário

Helena S. Cardoso

Jussara Ribas Avila

Comitê científico

Luiz Carlos Avila Junior

Itamar Gelain

Thiago Marques Vieira

Jeison Giovani Heiler

Helena S. Cardoso

Tarcísio Vilton Meneghetti

Jussara Avila

Larissa da Luz

Leonardo Quintino

Nara Pinheiro Reis Ayres de Britto

Bryan Phillip De Jongh Martins

Revisão

Milena Zamboneti Hasckel

Luísa de Oliveira Dela Flora

Laura Maria de Oliveira Ternes

Felipe Reategui Gurgel

João Pedro Davel Meirinho

Autores

Airto Chaves Junior

Alexandre dos Santos Priess

Anna Kleine Neves

Brunno Silva dos Santos

Caroline Machado

Daisy Martins de Oliveira

Eduardo Nogueira de Souza Seixas

Eliziane da Rocha Monteiro

Felipe Schmidt

Fernanda Kuroski

Horan Bortolotti Czernay

Itamar Luís Gelain

João Vitor Balbino

Juliane Mayer Grigoletto

Lívia Maria Bianchini Mazziero

Márcio Ricardo Staffen

Milena Zamboneti Hasckel

Rafaela Matiola Schmidt

Raíssa dos Santos Bohn

Thais de Castilho Matos

Valeria Nicole Vianello

Vitor Sabino de Souza Postingher

FICHA CATALOGRÁFICA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional
Comparado (7. : 2024 : Itajaí, SC)

VII Congresso Luso-Brasileiro de Direito
Constitucional Comparado [livro eletrônico] /
organização Tarcísio Vilton Meneghetti, Ruben
Bahamonde, Luiz Carlos Avila Junior ; coordenação
Luciene Dal Ri...[et al.]. -- Itajaí, SC :
Ed. dos Autores, 2024.

PDF

Vários autores.

Outros coordenadores: Pedro Trovão do Rosário,
Helena S. Cardoso, Jussara Ribas Avila.

Bibliografia.

ISBN 978-65-00-99406-3

1. Brasil - Relações - Portugal 2. Direito
comparado 3. Direito constitucional 4. Direito -
Congressos I. Meneghetti, Tarcísio Vilton.

II. Bahamonde, Ruben. III. Avila Junior, Luiz
Carlos. IV. Dal Ri, Luciene. V. Rosário, Pedro
Trovão do. VI. Cardoso, Helena S. VII. Avila,
Jussara Ribas.

24-201377

CDD-340.5

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito comparado 340.5

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

APRESENTAÇÃO

O Centro Universitário Católica de Santa Catarina, a Universidade do Vale do Itajaí e a Universidade Autónoma de Lisboa realizaram nos dias 30 e 31 de agosto e 1º de setembro de 2023 o VII Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional Comparado.

O Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional Comparado abrangeu Grupos de Trabalho, com apresentação de artigos de alunos, pesquisadores e professores. Os trabalhos apresentados no Congresso foram relacionados com os temas de Direitos Fundamentais e Políticas Públicas; Constituição e Direitos Humanos; Judicialização da Política e Politização do Judiciário; Democracia e Acesso à Informação.

O evento foi coroado de pleno sucesso, uma vez que proporcionou a interação de professores, pesquisadores e alunos de várias universidades nacionais e internacionais. A cooperação entre o Centro Universitário Católica de Santa Catarina, a Universidade do Vale do Itajaí e a Universidade Autónoma de Lisboa é de suma importância, vez que congrega a comunidade jurídica portuguesa e brasileira.

Como forma de registrar e socializar o conhecimento gerado nas universidades e apresentado no evento, por meio de seus Grupos de Trabalho, criou-se este e-book, pois promove a colaboração entre instituições e pesquisadores, e dissemina a iniciação científica como um instrumento pedagógico, na construção de operadores sociais responsáveis e autônomos.

O Centro Universitário Católica de Santa Catarina, a Universidade do Vale do Itajaí e a Universidade Autónoma de Lisboa agradecem a todos os envolvidos neste VII Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional Comparado que contribuíram fortemente para o sucesso do evento, incentivando ainda mais o conhecimento e a integração entre as diferentes culturas.

O Evento contou com o fomento da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (**FAPESC**) por meio do termo de outorga Nº 2023TR000455.

Organizadores

GRUPOS DE TRABALHO APRESENTADOS NO VII CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Grupo de Trabalho 1 - Direitos Fundamentais e Políticas Públicas

Grupo de Trabalho 2 - Democracia e Acesso à Informação

Grupo de Trabalho 3 - Judicialização da Política e Politização do Judiciário

APRESENTAÇÃO.....	5
Organizadores.....	5
GRUPOS DE TRABALHO APRESENTADOS NO VII CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO.....	6
ARTIGOS CIENTÍFICOS.....	9
GT 1: DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS.....	9
A CONSEQUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS.....	10
Livia Maria Bianchini Mazziero.....	10
Milena Zamboneti Hasckel.....	10
Márcio Ricardo Staffen.....	10
A CONSTITUINTE ENTRE O PRINCÍPIO E O FIM: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CARTA MAGNA DE 1988 À LUZ DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DE SEUS PRINCÍPIOS EM FUNÇÃO DE SEU CARÁTER ANTI-EMANCIPATÓRIO.....	28
João Vitor Albino.....	28
Itamar Luís Gelain.....	28
A PROBLEMÁTICA DA APATRIDIA E A NACIONALIDADE COMO UM DIREITO HUMANO.....	48
Valeria Nicole Vianello.....	48
A TEORIA CONSTITUCIONAL DE CARL SCHMITT E SUA RELAÇÃO DE APOIO JURÍDICO AO NAZISMO.....	68
Caroline Machado.....	68
Fernanda Kuroski.....	68
A TERCEIRA ONDA DE AUTOCRATIZAÇÃO E A (IN)EFICÁCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESTATAIS NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DA POPULAÇÃO TRANS.....	80
Brunno Silva dos Santos.....	80
Thais de Castilho Matos.....	80
A TERCEIRA ONDA DE AUTOCRATIZAÇÃO: O CASO BRASILEIRO.....	101
Vitor Sabino de Souza Postingher.....	101
DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUSTENTABILIDADE: A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO DO CIDADÃO PARA A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	119
Felipe Schmidt.....	119
DIREITO DE RESISTÊNCIA NA SEGUNDA ESCOLÁSTICA IBÉRICA DE FRANCISCO DE VITÓRIA E FRANCISCO SUÁREZ.....	135

Eduardo Nogueira de Souza Seixas.....	135
MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS E O DESORDENAMENTO ENTRE OS ENTES FEDERADOS NO BRASIL: FALHA NO FEDERALISMO E O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM).....	149
Raíssa dos Santos Bohn.....	149
O DIREITO À MORTE DIGNA NA LUSOFONIA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL.....	168
Anna Kleine Neves.....	168
Airto Chaves Junior.....	168
GT 2: DEMOCRACIA E ACESSO À INFORMAÇÃO.....	184
A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO COMO GARANTIA À DEMOCRACIA E AO ACESSO À INFORMAÇÃO NAS COMPRAS PÚBLICAS MUNICIPAIS.....	185
Milena Zamboneti Hasckel.....	185
Alexandre dos Santos Priess.....	185
A UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS E TÉCNICAS NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO ASSISTENTE SOCIAL COMO PERITO JUDICIAL.....	203
Daisy Martins de Oliveira.....	203
Eliziane da Rocha Monteiro.....	203
DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA DEMOCRACIA DIGITAL A PARTIR DO ACESSO À INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA NO CONTEXTO BRASILEIRO E PORTUGUÊS.....	223
Juliane Mayer Grigoletto.....	223
GT 3: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO.....	242
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO: ANÁLISE DA (IR)RETROATIVIDADE DA LEI N.º 14.230/2021.....	243
Horan Bortolotti Czernay.....	243
PRESIDENTIALISM: BETWEEN DEMOCRATIC EXPECTATION AND AUTHORITARIAN DEVIATIONS.....	260
Rafaela Matiola Schmidt.....	260

ARTIGOS CIENTÍFICOS

VII CONGRESSO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO CONSTITUCIONAL
COMPARADO

GT 1: DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

A CONSEQUÊNCIA DA GLOBALIZAÇÃO E DA TRANSNACIONALIDADE NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS

Lívia Maria Bianchini Mazziero¹

Milena Zamboneti Hasckel²

Márcio Ricardo Staffen³

RESUMO

No presente artigo, buscou-se avaliar o impacto da Transnacionalidade e da Globalização na efetivação dos Direitos Humanos e buscar uma solução para a implementação da tutela desses direitos em um mundo transnacional, marcado pela globalização. Procurou-se estudar os referidos tópicos pela importância do tema e sua urgência no mundo atual. Visto que, ao versar sobre globalização e transnacionalidade, faz-se imprescindível fomentar a tutela dos direitos humanos, para que estes não sejam esquecidos e afastados com a evolução cada vez mais tangente do mundo globalizado. A presente pesquisa possui duas problemáticas: quais os impactos da Transnacionalidade e da Globalização para a efetivação da tutela dos Direitos Humanos? E de que forma a tutela dos Direitos Humanos pode ser efetivada em um mundo Transnacional e Globalizado? Assim, chegaram-se às hipóteses de que a tutela dos direitos humanos é fundamentais, sendo estas, essenciais para a garantia de um Estado Democrático de Direito, urge de uma renovação para que possa acompanhar as modificações trazidas pela globalização. Para que ocorra a efetivação da proteção dos direitos humanos diante dessa nova realidade transnacional, faz-se necessário, demandar não apenas políticas universalistas, mas também políticas específicas e integralizadas. Utilizou-se do método dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas e leituras de obras e artigos científicos com objetivo de realização de fichamento para compor o presente artigo.

Palavras-chave: direitos humanos, globalização, transnacionalidade, constitucionalismo global, transconstitucionalismo.

¹ Graduanda em Direito, no 8º período na Universidade do Vale do Itajaí. Monitora do Grupo de estudos, pesquisa e extensão Paideia. E-mail: liviaa.bianchini@gmail.com, (47) 99141-4589.

² Graduanda em Direito, no 8º período na Universidade do Vale do Itajaí. Monitora do Grupo de estudos, pesquisa e extensão Paideia. Email: milenazamboneti@edu.univali.br, (47) 9 91472487.

³ Orientador da presente pesquisa. Doutor em Direito Público pela Università degli Studi di Perugia - Itália. Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Estágio de Pós-Doutorado em Direito junto à Università degli Studi di Perugia (Bolsa CAPES/PDE 88881.120155/2016.1). Possui Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) - Universidade do Vale do Itajaí (Conceito CAPES 6). Professor nos cursos de especializações na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Universidade Franciscana (UNIFRA) e Atitus Educação. Advogado (OAB/SC). Pesquisador Convidado na International Transparency. Membro da Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (México). Membro do Comité da Escuela de Formación de Auxiliares Jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia del Callao (Peru). Membro Honorário do Ilustre Colegio de Abogados de Ancash (Peru). Membro efetivo da Sociedade Literária São Bento. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Membro do Grupo de Pesquisa Transnacionalismo e Circulação de Modelos Jurídicos (PPGD-Atitus Educação). Líder do Centro de Estudos sobre Direito e Transnacionalidade (UNIVALI). <http://lattes.cnpq.br/1045997125432864>

INTRODUÇÃO

Sabe-se que os Direitos Humanos são essenciais para o Estado Democrático de Direito, sendo que qualquer violação desse paradigma caracteriza-se como uma afronta à Democracia.

Destarte, com a globalização e a consequente formação de um mundo transnacional e amplamente desregulamentado, essa falta de efetivação e articulação ameaça a própria democracia e a dignidade da pessoa humana. Isso porque, no mundo transnacional, a cidadania perde o foco, e os indivíduos tornam-se “cidadãos do mundo”, sem que exista um Estado Soberano ou um regulamento maior para articular a efetivação da tutela dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, aponta Schaefer (2009) que a transnacionalização política promovida pela globalização rompe com a ideia de cidadania, elemento constitutivo dos Direitos Humanos – levando a uma crise de identidade desses próprios direitos.

Com a globalização, portanto, o papel do Estado na efetivação dos Direitos Humanos é enfraquecido, de maneira que a eficácia da tutela desses Direitos não interessa somente ao Estado, mas a todos, indistintamente, inclusive aqueles que, por alguma razão, não são considerados “cidadãos”.

Assim, é evidenciada a necessidade da implementação de uma “nova ordem mundial”, visando a universalização dos Direitos Humanos e sua eficácia multinível.

A pesquisa justifica-se pela importância do tema e sua urgência no mundo atual no qual a globalização tornou-se inafastável e para além de cenários econômicos. Visto que, ao versar sobre globalização e transnacionalidade, faz-se imprescindível fomentar a tutela dos direitos humanos, para que estes não sejam esquecidos e afastados com a evolução cada vez mais tangente do mundo globalizado.

O presente artigo possui como objetivo avaliar o impacto da Transnacionalidade e da Globalização na efetivação dos Direitos Humanos e buscar uma solução para a implementação da tutela desses direitos em um mundo transnacional, marcado pela globalização.

Para isso, guia-se pelas seguintes problematizações: quais os impactos da Transnacionalidade e da Globalização para a efetivação da tutela dos Direitos Humanos? E de que forma a tutela dos Direitos Humanos pode ser efetivada em um mundo Transnacional e Globalizado?

Para responder às perguntas elencadas, firmou-se as seguintes hipóteses: a tutela dos

direitos humanos e fundamentais, sendo estas, essenciais para a garantia de um Estado Democrático de Direito, urge de uma renovação para que possa acompanhar as modificações trazidas pela globalização. Para que ocorra a efetivação da proteção dos direitos humanos diante dessa nova realidade transnacional, faz-se necessário, demandar não apenas políticas universalistas, mas também políticas específicas e integradas.

Para elucidar as perguntas realizadas, este artigo científico encontra-se dividido em três tópicos, sendo que o primeiro abordará os aspectos gerais da globalização e da transnacionalidade.

No capítulo seguinte, analisar-se-á a tutela dos direitos humanos em um mundo transnacional.

E por último, tratar-se-á sobre o direito global e o transconstitucionalismo.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas e leituras de obras e artigos científicos com objetivo de realização de fichamento para compor o presente artigo.

Frisa-se que este trabalho não possui a pretensão de esgotar o tema, mas sim fomentar e contribuir com futuras pesquisas dentro da temática ora abordada.

1. A GLOBALIZAÇÃO E A TRANSNACIONALIDADE

É fato que o avanço tecnológico trouxe inúmeras mudanças para o mundo moderno, tendo em vista a utilização de novas tecnologias nos mais diversos ramos, como o industrial e o empresarial. Para além dos avanços tecnológicos, a modernidade e a globalização ainda nos trouxeram outros efeitos: o aumento do consumo, a maior quantidade de informação disponível e a quebra de barreiras comerciais e culturais.

Com efeito, para que se entenda melhor os efeitos da globalização no mundo moderno, o primeiro passo é entender o que foi esse fenômeno. Nesse sentido, conceitua-se globalização como um fenômeno de integração do espaço mundial por meio da evolução tecnológica, impactando na comunicação e nos transportes.

Anthony Giddens (1991, p. 69) define a globalização como a “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que os acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas distância e vice-versa”.

Doutro lado, para John Gray (1999, p. 16), globalização é “a expansão mundial da produção industrial e de novas tecnologias promovida pela mobilidade irrestrita do capital e a total liberdade de comércio”.

O berço da globalização remonta ao tempo das Grandes Navegações, em que o comércio internacional e os domínios territoriais dos países europeus foram consolidados. Diante disso, essa época foi marcada pelo estabelecimento de novas rotas comerciais e grande circulação de mercadorias e pessoas entre diferentes continentes. Esse processo de novas descobertas trouxe, ao passar do tempo, significativas transformações no sistema internacional e a evolução das comunicações e dos transportes.

Nesse mesmo espaço de tempo, ocorria a Primeira Revolução Industrial (século XVIII), que estabeleceu avanços no setor produtivo e comercial, ampliando a produção, e consolidou o capitalismo enquanto sistema econômico internacional. Essa fase que compreende as Grandes Navegações e a Primeira Revolução Industrial é identificada como a primeira fase do processo globalizatório.

Durante a segunda fase da globalização, que é compreendida entre a segunda metade do século XIX até o final da Segunda Guerra Mundial, os europeus passaram a expandir os domínios coloniais para os continentes africano e asiático, objetivando a obra-prima mais barata. Nesse ínterim, percebem-se avanços nos meios de comunicação e transportes, bem como o início de processos como a urbanização e a industrialização.

Entre o final da Segunda Guerra Mundial (1945) e a queda do Muro de Berlim, que deu fim à Guerra Fria (1989), estabelece-se a terceira fase da globalização, em que deu-se a Terceira Revolução Industrial. Com efeito, essa fase foi marcada pelas inovações e evoluções tecnológicas e científicas, e pautou-se no meio técnico-científico-informacional. Diante da crescente evolução tecnológica, o capitalismo financeiro estabeleceu-se pela presença de empresas transnacionais pelo mundo - o que, mais tarde, caracterizaria-se como um símbolo da globalização contemporânea.

Por fim, a terceira fase do fenômeno iniciou-se em 1990, e perpetua até os dias atuais. Essa fase é marcada pela industrialização de países emergentes, fazendo surgir novas redes geográficas por conta do desenvolvimento e aperfeiçoamento de tecnologias de informação, tais como a internet e as redes sociais.

Com relação a isso, afirma Staffen (2018, p. 10):

A globalização e a pretensão jurídica de desafiar limites geográficos não se apresentam como novidades do século XXI. Comportamentos com o intuito de transbordo de limites territoriais perpassam a história do fenômeno jurídico e das experiências institucionais. O mesmo acontece com a caracterização hodiernamente atribuída à globalização, cujas ações guardadas as proporções retrocede em milênios. Por outro lado, a crise do Estado Moderno já estava assinalada na virada do século XIX-XX. A novidade está na dimensão que esses fluxos assumiram, as extensões de atuação e a velocidade de ação.

Diante do aparato histórico do fenômeno globalizatório, percebe-se que há uma palavra que resume esse processo: integração. A integração comercial e cultural da globalização, que se deu em virtude dos avanços tecnológicos nas comunicações e transportes, fez com que as barreiras físicas fossem superadas e que fosse ampliado o contato com diferentes tradições culturais, pela difusão musical, cinematográfica, literária, entre outras produções que rodam o mundo.

Nesse sentido dispõe Staffen (2018, p. 10) que os processos de globalização criam um território mundial, uma nova ordem supra e transnacional, permitindo a circulação de pessoas, ideologias, mercadorias, demonstrando a redução do Estado e a urgência de mecanismos de governança global.

Com efeito, conforme destacam Cenci e Muniz (2020, p. 99), é perceptível que, “desde o advento da globalização, sobretudo após a queda do Muro de Berlim e o fim do socialismo real, o planeta teve as distâncias encurtadas”, fazendo com que surgisse, por consequência, um mundo transnacional.

Afirma Neves (2012, p. 84), que o conceito de transnacionalidade reside na noção de dimensões que ultrapassam a fronteira do Estado. Portanto, diz respeito ao desaparecimento das barreiras nacionais e ao encurtamento das distâncias globais - dando espaço à formação do mundo moderno desenhado pela globalização.

Nesse sentido, citam Cruz e Bodnar (2012, p. 32):

Em outras palavras, a Sociedade em rede conectada e cada vez mais on line, formada a partir da “globalização” promovida pela hegemonia capitalista consolidada a partir de 1989, remete a um “mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém transnacional, a um espaço intermediário entre o nacional e o local.

Ainda, dispõe Neves (2012, p. 26):

[...] a sociedade moderna nasce como sociedade mundial, apresentando-se como uma formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, constituam uma das dimensões fundamentais à sua reprodução. Ela implica, em princípio, que o horizonte das comunicações ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado.

Como consequência, a globalização conduz a humanidade para uma sociedade de organizações, levando a uma fragmentação social e à transnacionalização da economia, de acordo com Schaefer (2009, p. 85).

Cumprir destacar que a globalização e a transnacionalidade não devem se confundir, visto que, a globalização é associada a uma ideia de unicidade, enquanto a transnacionalidade, que advém da globalização, remete a um juízo de transpasse fronteiriço entre Estados (Carvalho; Carvalho, 2017, p. 127).

Diante da formação de um “mundo novo transnacional” e da quebra das barreiras nacionais, nos tornamos cidadãos do mundo. Contudo, tal perspectiva traz grandes empecilhos, de maneira que acaba por desafiar o próprio Estado e as organizações políticas territoriais. Isso porque, conforme destaca Staffen (2018, p. 46), “a consolidação da globalização como comportamento, mina a famosa premissa do princípio clássico da soberania, segundo a qual os Estados são “comunidades independentes” no exercício de seu *imperium*”.

Portanto, a autoridade exercida pelos entes estatais diante de seu território acaba por perder força, posto que passa a ser entendida a existência da transnacionalidade e a necessidade do estabelecimento de uma autoridade transnacional. Ainda em decorrência disso, a legislação nacional acaba por não ser suficiente para tutelar direitos dos cidadãos de maneira satisfatória, tendo em vista o crescimento das relações transnacionais.

Nesse sentido, afirma Ferrajoli (2002, p. 39-40) que a soberania do Estado, inclusive externa, deixa de ser uma liberdade absoluta e selvagem e passa a se subordinar juridicamente a

duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos.

Assim, partindo do histórico da globalização e dos seus efeitos no mundo moderno, a formação de um crescente mundo transnacional é incontestável. E consigo surgem também os inúmeros empecilhos para o indivíduo e a sociedade como um todo - como, por exemplo, a dificuldade na tutela dos direitos humanos.

2. A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS EM CENÁRIOS TRANSNACIONAIS

Em um mundo cada vez mais globalizado e transnacional, urge a importância de assegurar os direitos humanos, para que assim a globalização não exclua grupos mais vulneráveis e chegue a todos aqueles que também querem fazer parte de um mundo globalizado.

Os Estados soberanos já não são os únicos entes que se relacionam para além de suas fronteiras. Dependendo do objeto do relacionamento, há outros entes que podem ser classificados como sujeitos de direitos internacionalmente. Como exemplo, cita-se a internacionalização dos direitos humanos, pois foi com este movimento que o indivíduo passou a ser aceito no cenário internacional como sujeito de Direito Internacional, "tradicionalmente, uma arena em que só os Estados podiam participar". Este novo sujeito de Direito Internacional passa a participar mais ativamente na questão dos direitos humanos, podendo, inclusive, postular pessoalmente perante Cortes Internacionais (Piovesan, 1996, *apud*, Carvalho Leonardo; Carvalho Luciani, 2017, p. 127).

O filósofo alemão Jürgen Habermas, no livro *Era das Transformações*, aborda a questão de uma ordem jurídica cosmopolita. Para o autor, a juridificação abrangente das relações internacionais não é possível sem o estabelecimento de procedimentos de solução de conflitos. O filósofo acredita que esses procedimentos precisam passar por uma institucionalização para, então, proteger o tratamento jurídico das violações dos direitos humanos contra um obscurecimento moral do direito.

Para que ocorra essa efetivação da proteção, Habermas discorre ser necessário um conselho de segurança que funcione, a implementação de uma "jurisdição coercitiva de um tribunal internacional e a complementação da assembléia geral de representantes governamentais por um "segundo nível" de representação dos cidadãos do mundo" (Habermas,

2003, p. 47-48).

Sabe-se que, em que pese a existência de Cortes Internacionais de Direitos Humanos, a realidade é outra quando se fala em tutela desses direitos, principalmente em um mundo globalizado e interligado de forma transnacional. Habermas já abordava que enquanto a institucionalização dos direitos humanos permanecer relativamente fraca no nível global, as fronteiras entre direito e moral podem tornar-se fluidas:

As demandas transnacionais justificam-se a partir da necessidade de criação de espaços públicos para tratar de questões referentes a fenômenos novos, que serão ineficazes se tratados somente dentro do espaço do tradicional Estado nacional. Estes fenômenos novos identificam-se com os chamados "novos direitos ou novos direitos fundamentais. Para evitar equívocos de fundo meramente ideológico, certamente que se faz necessário afirmar que as demandas transnacionais não tratam somente de questões relacionadas com a globalização econômica como alguns autores pretendem, e sim com fundamentais questões de direitos relacionadas com a sobrevivência do ser humano no planeta. A globalização econômica pode estar na base de algumas questões transnacionais, mas não é sua principal fonte e fundamentação, a principal justificativa da necessidade de transnacionalização do direito é a necessidade de proteção do ser humano e dentro dessa perspectiva também se encontra a proteção de seu entorno natural (Cruz; Stelzer, 2009, p. 175-176).

Diante da importância de assegurar os direitos humanos na realidade presente, deve-se buscar os fundamentos e alicerces da construção de um cenário efetivamente plural, no qual se assegure o respeito a todos os grupos constitutivos dessa realidade e se garanta a concretização de seus direitos fundamentais, em especial a partir da harmonização do ordenamento jurídico interno com os parâmetros protetivos internacionais (Lopes; Junior, 2017, p. 187).

Tenta-se internacionalizar a tutela dos direitos humanos há muito tempo, entretanto, o sistema atual é falho. A falta de um poder coercitivo acima dos Estados e a falta de homogeneidade entre os países e os seus interesses leva a uma carência de democracia no contexto da Comunidade Internacional.

Assim, esse cenário incompleto carece de um Poder Político que garanta plenamente a eficácia do ordenamento internacional dos diferentes sistemas de proteção dos direitos humanos. Ademais, não se pode negar a existência de normas internacionais de direitos

humanos, ainda que sejam facilmente constatados um absurdo e completo descaso com este ordenamento, muito menos considerado e obedecido que os ordenamentos internos (Cruz; Stelzer, 2009, p. 178).

Como alternativa para essa problemática, Luigi Ferrajoli (2022, p. 5) promoveu a ideia de uma Constituição da Terra. Consciente de que a ideia pode parecer utópica, Ferrajoli argumenta que a inexistência de um povo global homogêneo e a existência de Estados soberanos fundamentam “a urgência de um alargamento do paradigma constitucional a nível constitucional”, assim como, a inserção de uma democracia cosmopolita e uma constituição global que una centenas de povos diferentes.

Assim, Ferrajoli fundamenta a necessidade de uma Constituição da Terra:

Há, de fato, um traço característico dos direitos fundamentais que explica, no direito internacional, a sua ineficácia. Ao contrário dos direitos patrimoniais, cujas garantias existem em conjunto com os direitos garantidos – a dívida junto ao crédito, a proibição do dano junto ao direito real de propriedade –, os direitos fundamentais não nascem junto com suas garantias, que podem, muito bem, estarem ausentes, e que, de fato, faltam no direito internacional. Necessitam, por isso, de normas de funcionamento que introduzam a nível global, garantias primárias e suas relativas instituições, como o serviço mundial de saúde, uma organização mundial do trabalho e educação, um patrimônio público global, impostos globais e afins. Nenhuma destas instituições de garantia foi criada, com exceção do Tribunal Internacional Penal introduzido pelo Tratado de Roma em 1998. A nossa hipótese de uma Constituição da Terra pretende levar a sério as tantas Cartas de Direito existentes, leis vigentes porém inefetivas, introduzindo uma primeira inovação em relação às constituições estatais e, sobretudo, às muitas Cartas internacionais de direitos humanos. Ao contrário dessas cartas, ela deverá prever e incluir no texto constitucional, não somente as tradicionais funções legislativas, executivas e judiciárias, mas também as funções e instituições de garantia primária dos direitos e dos bens fundamentais (Ferrajoli, 2022, p. 7).

É diante desse cenário e partindo da ideia difundida por Ferrajoli que urge a efetivação de complementar as garantias individuais que devem ser o norte de um Estado de Direito Democrático, fundamentado na democracia e na constitucionalidade como parâmetro para efetivação da dignidade da pessoa humana.

Tem-se, então, a importância da busca da garantia e dos direitos fundamentais ao

homem. É a partir de um modelo político de Estado Constitucional, consagrador de direitos humanos, fundamentado em parâmetros éticos e responsáveis, pautado na edificação de uma democracia humana, permitindo uma garantia jurídico-constitucional eficaz para os direitos fundamentais inerentes ao ser humano, num processo contínuo; enfrentando diuturnamente os desafios e ameaças aos direitos fundamentais da pessoa humana, estando sempre aberto ao serviço de atualização do homem enquanto pessoa humana, digno de direitos, na esfera mundial que a tutela dos direitos humanos poderá ser efetivada em um mundo cada vez mais globalizado (Rodrigues, 2016, p. 102).

Nesse íterim, faz-se necessária uma análise mais específica acerca da adequação das atuais estruturas políticas e sociais estatais diante da emergente realidade transnacional, com o fito de garantir o respeito e a tolerância a cada *modus vivendi* dos grupos vulneráveis, assim como reforçar o papel subsidiário dos órgãos internacionais em assegurar seus direitos, em uma efetiva perspectiva colaborativa tendo como escopo a proteção ao ser humano (Lopes, 2017, p. 187).

É imprescindível, portanto, a harmonização de princípios e normas garantidoras dos direitos humanos que perpassa por todas as nações e que viabilize a eficácia da tutela de fato.

Nesse sentido, afirma Piovesan (2006, p. 19):

[...] a abertura ao diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro, como ser pleno de dignidade e direitos, é condição para a celebração de uma cultura de direitos humanos, inspirada pela observância do “mínimo ético irreduzível”, alcançado por um universalismo de confluência.

Assim, conectando-se à ideia de Habermas, para ocorrer uma democracia realizada ao nível global, em obediência a um direito cosmopolita obtido por meio de um agir comunicacional, faz-se necessário atentar-se para o mundo atual, cada vez mais globalizado e conectado transnacionalmente. Nesse sentido, a urgência das novas transformações postas à sociedade faz com que os grupos mais vulneráveis continuem a não fazer parte desse mundo globalizado, a globalização e por consequência, a tutela dos direitos humanos não chega para todos.

3. O DIREITO GLOBAL E O TRANSCONSTITUCIONALISMO

Diante da situação contemporânea de integração e interconexão entre nações evidencia-se a crescente complexidade de desafios globais na tutela dos direitos humanos, o que impulsiona o desenvolvimento do direito global e do transconstitucionalismo. De um lado, o direito global é necessário por transcender as fronteiras nacionais ao reconhecer que questões relacionadas à tutela dos direitos humanos são interdependentes, demandando soluções não apenas estatais, como colaborativas ao redor do globo.

Nesse sentido, o direito global demonstra sua importância na tutela dos direitos humanos por delimitar normas, regras e princípios que devem ser universalmente aceitos. Como consequência, a criação de regras globais serve como meio de garantir a tutela dos direitos humanos independente da nacionalidade, do gênero, da religião ou da raça do cidadão.

Ainda, a importância do direito global reside no enfraquecimento do Estado decorrente da globalização, de maneira que mostra-se como instrumento de institucionalização de governança global. Assim, a implementação de normas e princípios universalmente aceitos independem da manifestação do poder estatal, de modo que são direcionados, também, aos cidadãos como particulares.

Com relação a isso, afirma Staffen (2018, p. 17):

Portanto, se o Direito Nacional tem sua atuação confinada nos limites territoriais da jurisdição nacional, com vigência e validade provenientes de condições hierárquicas ordenamentais, se o Direito Internacional resulta de acordos mútuos e recíprocos regidos pela soberania dos Estados e pela igualdade formal, **o Direito Global, por seu turno, dispensa o papel central exercido pelos Estados.** Além de facultar sua presença, quando partícipe, não lhe destina condições diferenciadas no trato das relações jurídicas.

Dessarte, a importância e necessidade da implementação de um direito global é evidente. Entretanto, não é tarefa fácil. Isso, pois, as normas devem ser universalmente aceitas, o que demanda uma uniformização e adaptação às diferentes nações - que, por sua vez, possuem diferentes estilos de vida, princípios e histórias. Consequentemente, em razão das diferenças históricas, econômicas, culturais e sociais dos diferentes países e povos, as disfunções na tutela dos direitos humanos podem variar dependendo dos locais analisados - trazendo significativo obstáculo à implementação do direito global.

Necessário destacar que, por óbvio, o direito global não visa a extinção do poder do

Estado, e não desconsidera as normas de direito nacional e internacional. Ao contrário, o direito global busca um diálogo e integração entre essas normas conforme os fenômenos a serem analisados.

Partindo disso, demonstra-se a dificuldade do estabelecimento de uma legislação global própria - evidenciando, assim, a importância das instituições globais e da definição de políticas públicas globais e específicas para garantir a tutela dos direitos humanos. Com efeito, essas instituições globais têm o condão de sistematizar ideias e coordenar esforços entre as nações para que se estabeleçam princípios comuns de direitos humanos. A partir disso, são necessárias não apenas políticas universalistas, mas também políticas específicas, endereçadas a grupos socialmente vulneráveis, enquanto vítimas preferenciais da exclusão econômica e social (Schaefer, 2009, p. 91).

Nesse sentido, é fato que a Declaração Universal de Direitos da ONU mostrou-se como feito histórico na tutela dos direitos humanos, de modo que retira os limites territoriais da atuação do Estado e faz com que a tutela desses direitos alcance todos os indivíduos, independente da nação onde se encontrem, conforme dispõe Lopes (2017, p. 186):

A internacionalização dos direitos humanos, ocorrida com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento da ONU de 1948, representou um histórico ponto de viragem na relação Estado-indivíduo. Vistos, a partir de então, como um limite à atuação estatal, tais direitos consagraram uma esfera de proteção ao polo mais fraco dessa relação, emancipando-os das restrições do Estado e legitimando-os a denunciar, inclusive, violações aos seus direitos por parte de autoridades estatais.

Além disso, a Carta da ONU ainda demonstra sua importância para a tutela de direitos em nível global tendo em vista que declara como objetivo "levar a efeito uma cooperação internacional [...] para promover e aumentar o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais para todos sem distinção de raça, sexo, língua ou religião" (arts. 1º, nº 3 e 55, letra c). Consequentemente, os Estados Membros da ONU obrigam-se a iniciar ações conjuntas para concretizar esses objetivos, evidenciando-se a importância da cooperação entre as nações.

Entretanto, a ONU ainda encontra obstáculos na tutela dos direitos humanos em razão da limitação imposta pela soberania dos Estados, de maneira que dificulta a aplicação de

penalidades aos Estados e impõe dificuldade na concretização dos objetivos declarados na carta. Assim, em que pese a significativa importância da Declaração de Direitos Humanos, vista como um marco na tutela desses direitos, ainda é percebido óbice diante da ausência de cooperação efetiva entre as nações, enfraquecendo a tutela dos direitos humanos em perspectiva global.

De outro lado, como tentativa de sanar os obstáculos encontrados no direito global, o transconstitucionalismo demonstra-se como a interação entre sistemas jurídicos nacionais e internacionais, referindo-se à conexão e influência mútuas entre diferentes ordens constitucionais. Nesse sentido, o transconstitucionalismo nos traz a ideia de que as constituições estatais não são capazes, por si sós, de garantir a eficácia da tutela dos direitos humanos, de modo que estão inseridas em um contexto global maior, proveniente da globalização e da formação de um mundo transnacional.

Com efeito, conforme já visto, como consequência da formação de um globo em que as barreiras são encurtadas, os indivíduos passam a ser cidadãos do mundo, o que traz empecilhos na tutela dos direitos humanos, ao passo que inexiste um Estado Soberano ou um regulamento maior para efetivar a tutela desses direitos - demonstrando-se a necessidade da implementação de regulamentos transnacionais, que abarque não os Estados ou nações, mas sim os próprios indivíduos e seus direitos e garantias.

Contudo, com relação à criação de um modelo de Constituição global, Neves (2012, p. 86) afirma que encontra obstáculo na ausência de elementos empíricos para a formação de ordem política unitária diante da assimetria e fragmentação da sociedade mundial no nível político, levando a crescente dificuldade de unificação da tutela dos direitos humanos.

Habermas inclusive argumenta no sentido de propor que as instituições e organizações internacionais já existentes sejam amplamente reformadas, sobretudo no âmbito da ONU, para que se construa, como consequência, uma política interna mundial - com objetivo de que se promova a "cidadania mundial" sem que haja um governo mundial propriamente dito, conforme afirma Neves (2012, p. 86).

Assim, a criação de uma ordem global esbarra, novamente, na dificuldade de universalização de regras e diretrizes pelas divergências dos povos.

O transconstitucionalismo, entretanto, não se limita à ideia de uma "Constituição Global", mas propõe uma interligação entre as ordens estatais, internacionais e supranacionais, sendo

utilizadas umas pelas outras, indistintamente. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, emprega essa ideia ao citar Tribunais Europeus e Americanos em suas decisões, fazendo com que haja essa interação entre as normas e a tutela dos direitos se efetive de maneira unificada e eficaz.

Dessa maneira entende Neves (2012, p. 22):

Não se trata, portanto, de constitucionalismo internacional, transnacional, supranacional, estatal ou local. O conceito aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas. Um problema transconstitucional implica uma questão que poderá envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca de sua solução.

Trata-se, portanto, de um mecanismo de uniformização da tutela dos direitos humanos, de maneira que objetiva que os problemas relacionados a isso perpassam as ordens jurídicas nacionais para a busca de uma solução eficaz. E, diante disso, os tribunais internacionais e supranacionais demonstram sua importância, de maneira que servem como instrumento de resolução de conflitos, já que a tutela dos direitos humanos não interessa somente ao Estado, mas à toda a sociedade mundial.

Ato contínuo, é demonstrada a importância dos tribunais internacionais para a efetivação dos direitos humanos, uma vez que buscam favorecer o acesso direito dos indivíduos à reivindicação de direitos inerentes à pessoa humana, inclusive perante ao Estado. Assim, os tribunais internacionais de direitos humanos mostram-se como uma forma de conferir ao indivíduo personalidade e capacidade jurídica perante o direito internacional (Trindade, 2013, p. 25).

Também como alternativa de resolução das questões de tutela de direitos humanos sob a perspectiva global, Ferrajoli (2022, p. 6) apresenta a criação de uma Constituição da Terra, com objetivo de “preencher o vazio de direito público produzido pela assimetria entre o caráter global das potências do mercado selvagem de hoje e o caráter ainda predominantemente local da política e do direito”.

O autor dispõe que, em razão da elaboração da Carta da ONU e de outras declarações, convenções e pactos internacionais de direitos humanos, já dispomos de um embrião da constituição do mundo, afirmando que o paradigma constitucional, no âmbito normativo, já foi incorporado à ordem internacional. Contudo, destaca a crescente desconstrução desse ordenamento internacional, isso porque afirma que “os direitos fundamentais não nascem junto com suas garantias, que podem, muito bem, estarem ausentes, e que, de fato, faltam no direito internacional (Ferrajoli, 2022, p. 7), levando à necessidade de constituição de uma Constituição da Terra:

Necessitam, por isso, de normas de funcionamento que introduzam a nível global, garantias primárias e suas relativas instituições, como o serviço mundial de saúde, uma organização mundial do trabalho e educação, um patrimônio público global, impostos globais e afins.

Nessa perspectiva, Ferrajoli introduz a hipótese de Constituição da Terra trazendo inovação em relação às constituições estatais, de modo que deverá prever e incluir no texto constitucional não apenas as tradicionais funções legislativas, executivas e judiciárias, como também as funções e instituições de garantia primária dos direitos e dos bens fundamentais. Com efeito, o autor pretende levar em consideração as leis vigentes, como tantas Cartas de Direito, convenções internacionais e outras declarações, que, não obstante a sua importância na evolução das tutelas dos direitos humanos, mostraram-se ineficazes ao passar do tempo.

O autor demonstra a pretensão ao afirmar que a ideia de Constituição da Terra é a única alternativa aos desafios globais, sobretudo na tutela dos direitos humanos, ao afirmar que

O verdadeiro realismo, a única resposta racional aos desafios globais é, em suma, a construção de uma esfera pública global que leve a sério as promessas formuladas naquele embrião de constituição do mundo que é formada pelas muitas Cartas de Direitos. A nossa iniciativa, a função da nossa escola omente terá éxito se conseguir colocar na ordem do dia da reflexão teórica e política o tema, até agora ignorado, da refundação garantista das nossas democracias: o tema de um processo constituinte da democracia cosmopolita, que é também o pressuposto de um processo de reconstituição das democracias nacionais. Por isso, difundiremos o nosso apelo também fora do nosso país e tentaremos envolver, neste trabalho de reflexão coletiva, iniciado pelas nossas escolas, o mundo da cultura jurídica e política: juristas, economistas, teóricos políticos de todo o mundo. (Ferrajoli, 2022, p. 10).

Assim, Ferrajoli institui a ideia de consolidação das normas já existentes, vigentes porém ineficazes, no sentido da formação de uma esfera pública global que leve a sério os objetivos formalizados naquelas declarações e convenções internacionais. Contudo, conforme se viu, o autor dá a importância às instituições garantidoras de direitos fundamentais, demonstrando, novamente, a necessidade da cooperação dos Estados para a efetivação da tutela dos direitos humanos.

É imprescindível, portanto, que os Estados e nações tenham a consciência da necessidade dessa cooperação, posto que têm responsabilidade comum na tutela dos direitos humanos. Contudo, a emergência de um direito global e a formação de uma esfera pública internacional se dá no sentido de efetivar a capacidade dos indivíduos, como seres humanos, de requisitarem a aplicação de seus direitos independente da manifestação do Estado.

Portanto, o direito global e o transconstitucionalismo mostram-se como instrumentos para a efetivação dos direitos humanos, diante dos obstáculos trazidos pelo processo globalizatório e pela formação de um mundo transnacional. Contudo, não há uma solução única para esse problema, e sim uma multidisciplinariedade de soluções e mecanismos que fazem ser capaz a aplicação de direitos fundamentais aos “cidadãos do mundo” formados pela globalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebeu-se que o processo de globalização e transnacionalidade está intimamente conectado ao tema dos direitos humanos, assim como, a necessidade de garantir a concretização desses direitos diante do novo cenário globalizado.

É inegável que apesar de toda a existência de normas e princípios no direito internacional que visam garantir os direitos humanos a todos, sabe-se que nem todos os humanos são abrangidos por todo o aparato normativo. O mundo atual padece de uma norma concreta que realmente transfira o escrito do papel para a realidade em que milhares de pessoas vulneráveis estão inseridas e onde as inúmeras normas e princípios humanitários não conseguem chegar.

Portanto, é através de uma rede complexa e diversamente integrada por instituições e

sistemas jurídicos, articulada em distintos níveis normativos, formada por um conjunto de políticas públicas sociais integralizadas universalmente que o “constitucionalismo global” de Ferrajoli, poderá ser efetuado (Cenci, Muniz, 2020, p. 91).

Para tanto, faz-se necessária uma ampla análise sobre os modelos e formas de proteção e garantias dos direitos humanos já instituídos, como também proposição de ferramentas jurídicas que possam alcançar o maior número de pessoas em âmbito global, para que a segurança jurídica almejada fique cada vez mais próxima da efetivação dos direitos humanos.

Ao final, concluiu-se que a eficaz e satisfatória tutela dos direitos humanos depende, primordialmente, da cooperação internacionais entre nações, instituições e dos indivíduos em si mesmos, de maneira que depende da colaboração de todos os Estados e povos para a concretização das diretrizes e objetivos previstos em documentos internacionais.

Nesse sentido, intensa importância deve ser conferida às instituições garantidoras dos direitos fundamentais, que promovem a estruturação das diretrizes e princípios a serem seguidos e coordenam as nações para sua concretização, de modo a estabelecer princípios comuns de direitos humanos.

Por outro lado, percebe-se a importância e urgência de um direito público global no sentido de mostrar-se como um meio de garantir aos seres humanos a tutela de seus direitos perante o próprio Estado soberano, conferindo a ele capacidade para reivindicação de direitos fundamentais por si mesmo, sem a necessidade da intervenção estatal.

Assim, é visto que a globalização e a transnacionalidade trouxeram, de forma considerável, óbices à tutela dos direitos humanos. Contudo, a resposta ao problema não é uma só: a cooperação entre nações na garantia dos direitos, o fortalecimento de instituições globais e regionais garantidoras de direitos fundamentais e a instituição de um direito global público mostram-se como meios para, ao final, chegar-se à eficaz tutela desses direitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CARVALHO, Leonardo Chaves de; CARVALHO, Luciani Coimbra de. **Cidadania e direitos humanos no contexto da transnacionalidade e dos transmigrantes**. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, [s. l], v. 3, n. 1, p. 124-142, jun. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0197/2017.v3i1.3822>. Acesso em: 05 ago.

2023.

CENCI, Elve Miguel; MUNIZ, Tânia Lobo. **Esplendor e crise do constitucionalismo global**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, [S.L.], v. 43, n. 84, p. 89-108, 19 jun. 2020. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. **Direito e transnacionalidade**. 1. Ed. Curitiba, PR: Juruá Ed., 2009, 205 p. ISBN: 9788536226903.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado nacional**. Tradução de Carlo Caccioli. São Paulo: WFM Martins Fontes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Por que uma constituição da Terra?** Revista de Direito Brasileira, [S.L.], v. 31, n. 12, p. 4-18, dez. 2022. ISSN 2358-1352. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/9024>>. Acesso em: 05 ago. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2022.v31i12.9024>.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; JUNIOR, Luis Haroldo Pereira dos Santos. **Minorias nacionais, proteção internacional e transnacionalidade**. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 14, n. 3, 2017 p. 181-201. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=lgs&AN=128892461&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 7 ago. 2023.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Dulcilene Aparecida Mapelli. **O direito lusófono e o risco social: necessária globalização constitucional?** In: MONTE, Mário Ferreira et al (org.). **Direito na lusofonia. Cultura, direito humanos e globalização**. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2016. p. 97-105. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1822/47512>. Acesso em: 07 ago. 2023.

SCHAEFER, Fernanda. **Direitos humanos e globalização econômica: compatibilidade de princípios?** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 76-96, dez. 2009. Semestral.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Os Tribunais Internacionais Contemporâneos**. Brasília: Em Poucas Palavras, 2013.

A CONSTITUINTE ENTRE O PRINCÍPIO E O FIM: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CARTA MAGNA DE 1988 À LUZ DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DE SEUS PRINCÍPIOS EM FUNÇÃO DE SEU CARÁTER ANTI-EMANCIPATÓRIO

João Vitor Balbino¹

Itamar Luís Gelain²

RESUMO

Este estudo objetiva uma análise aprofundada dos direitos fundamentais, concebendo-os como princípios inalienáveis presentes na Constituição Brasileira de 1988 a partir de sua materialidade histórica. No presente contexto, emerge a contradição de que, apesar do evidente progresso na consolidação dos direitos na Constituição de 1988, a materialização desses princípios foi deliberadamente cerceada, em decorrência de influências políticas verificáveis historicamente, em consonância com os preceitos neoconstitucionalistas. Diante desse panorama, o estudo propõe uma reflexão acerca do papel dos princípios e, concomitantemente, sobre a necessidade crítica do neoconstitucionalismo, a partir do materialismo histórico-dialético, ancorado na conjuntura da Constituinte de 1988. O propósito último desta pesquisa transcende a mera análise da situação atual dos direitos fundamentais no Brasil, buscando reavaliar a aplicação desses princípios, considerando o contexto político e social que permeia sua implementação. Argumenta-se que uma compreensão mais aprofundada dessa dinâmica é essencial para orientar a superação das limitações históricas e de suas influências, delineando perspectivas que possam efetivamente contribuir para um futuro no qual seja possível vislumbrar a efetividade das promessas constitucionais.

Palavras-chave: Constituição Brasileira de 1988, Direitos Fundamentais, Neoconstitucionalismo, Teoria dos Princípios, Reformas Sociais.

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 representou um marco histórico para o país ao consolidar os princípios fundamentais que visavam assegurar direitos básicos, e superar a sombria lógica da

¹ Acadêmico do Curso de Direito da Católica de Santa Catarina em Joinville, e membro da linha de pesquisa Teorias da Justiça e Direito e Literatura vinculado ao Grupo de Pesquisa Direito Estado e Globalização da Escola de Direito da Católica SC. Membro do Grupo de Pesquisa Crítica do Direito e Subjetividade Jurídica (USP) e da Associação de Artistas Plásticos de Joinville (AAPLAJ). e-mail: joaovitorbalbinosig@gmail.com, telefone: (47)9 99746-9421.

² Professor Orientador. Licenciado em Filosofia pela Faculdade Palotina (FAPAS). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Doutor em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). É professor na Escola de Direito e na Escola de Educação e Humanidades do Centro Universitário - Católica de Santa Catarina (CATÓLICASC). Coordena o Programa de extensão, Pensamento em Movimento. Tem experiência na área de Filosofia Moderna e Contemporânea, com ênfase em Ética, Hermenêutica Jurídica e Filosofia do Direito.

ditadura que a antecedeu. Contudo, mesmo com a promulgação da carta magna, percebe-se que a efetivação desses princípios e a realização das promessas constitucionais encontram-se limitadas em meio a um cenário marcado pela instrumentalização da lei e o neoconstitucionalismo.

Nesse contexto, com o objetivo de investigar a complexidade das relações entre a Constituição, os direitos fundamentais e a efetividade das normas no âmbito da sociedade brasileira, a presente pesquisa tem como propósito analisar de forma crítica a abordagem dos direitos fundamentais como princípios na Constituição Brasileira de 1988, amplamente conhecida como constituição cidadã.

À vista disso, considerando o contexto de redemocratização, após um período de repressão política e violações dos direitos humanos, no qual os princípios fundamentais ganharam destaque, prometendo ser a base para uma sociedade mais justa e igualitária. Entretanto, verifica-se que a relação entre a garantia dos direitos fundamentais e as reformas sociais essenciais, que já haviam sido alvo de discussões e projetos anteriormente, tornou-se alvo de novos questionamentos. No entanto, a instrumentalização da lei, a qual foi acentuada sob o espectro do neoconstitucionalismo, suscitou debates sobre a verdadeira concretização desses princípios na sociedade brasileira. Haja vista que a era que precedeu a ditadura militar de 1964, marcada pelas aspirações de mudanças sociais sob a liderança do então presidente João Goulart, delineou um panorama de expectativas que, em muitos aspectos, demonstram-se mais avançados em comparação à própria Constituição de 1988. Assim, emerge a hipótese de que, apesar do avanço na garantia de direitos na Constituição de 1988, a concretização efetiva desses princípios pode ter sido limitada intencionalmente, levantando questões sobre as reais intenções por trás dessa limitação.

Neste contexto, é essencial compreender o papel dos princípios na estrutura legal e política do país, bem como questionar o impacto do neoconstitucionalismo, do estabelecimento dos princípios fundamentais e da técnica de ponderação como abordagem dominante.

Diante disso, mais do que uma análise meramente acadêmica, esta pesquisa tem como objetivo destacar a importância de repensar os princípios fundamentais e, possivelmente, reavaliar o paradigma do neoconstitucionalismo para promover mudanças efetivas e confrontar as profundas desigualdades históricas que persistem no Brasil. Assim, o presente estudo busca

aprofundar essa reflexão, examinando como a instrumentalização da lei, especialmente no contexto do neoconstitucionalismo, tem afetado a implementação de reformas sociais e a concretização dos princípios constitucionais. Para tanto, utiliza-se do método materialista histórico-dialético a partir de levantamento bibliográfico, diante das limitações e obstáculos enfrentados no caminho para a promoção da igualdade social e justiça no Brasil. Nesse sentido, a pesquisa almeja contribuir para o debate acadêmico e fomentar reflexões em busca de um sistema jurídico mais efetivo, capaz de viabilizar mudanças positivas na sociedade brasileira, superando os desafios impostos pela instrumentalização da lei e promovendo o efetivo alcance dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988.

1. O DIREITO BRASILEIRO À LUZ DE SUA MATERIALIDADE HISTÓRICA

A análise do direito brasileiro, sob a perspectiva de sua materialidade histórica, revela uma interessante dicotomia que se perpetua ao longo do tempo. O contexto econômico do Brasil, caracterizado pela coexistência de elementos modernos e pré-modernos, têm deixado suas marcas na estrutura jurídica do país. Essa dualidade se manifesta de maneira particularmente notável em aspectos como o coronelismo e a burocracia, que têm raízes profundas na história social e política brasileira. Segundo Mascaro, a soberania estatal brasileira, resultante dessas condições materiais periféricas, muitas vezes parece ser meramente formal, refletindo as complexas relações de poder que permeiam a sociedade.

Ao examinarmos o que deveria ser um direito privado horizontal, percebemos que, na prática, se manifesta como reflexo do direito público. A subordinação dos indivíduos em uma relação vertical com grandes proprietários de terras se sobressai, em vez de promover relações horizontais entre iguais em direito. Mascaro descreve esse processo como a construção de um direito baseado em "redes de proteção e compadrio, de amizades e inimizades", uma dinâmica que reflete a realidade socioeconômica do país. (Mascaro, 2008).

O que pode ser abordado em outras palavras por "manutenção da segurança jurídica" de uma realidade de injustiças históricas que engendraram uma profunda desigualdade econômica. Isso sugere que o direito no Brasil frequentemente reflete não apenas princípios abstratos, mas também as relações de poder e interesses econômicos que permeiam a sociedade. A coexistência de elementos modernos e pré-modernos, mencionada por Mascaro,

torna evidente a complexidade das influências que moldaram a evolução do direito brasileiro. A ausência de uma sociedade de leis, como destacado por Mascaro, aponta para a contínua interligação entre legalidade e vontade política. No contexto brasileiro, as leis não apenas regulamentam relações individuais, mas também garantem a subordinação dos particulares ao Estado e estabelecem relações de subordinação econômica entre diferentes grupos sociais. Nesse contexto, a legalidade, em grande medida, é instrumentalizada para atender aos interesses da burguesia, especialmente em um contexto de dependência do capital internacional. (Mascaro, 2008).

Mascaro argumenta que o capitalismo periférico e dependente no Brasil impossibilita a existência de uma instância jurídica neutra e técnica como no caso do capitalismo central. A legalidade não se legitima pela neutralidade, mas sim pela operacionalidade política em favor da maximização dos interesses burgueses. Isso cria uma dinâmica em que a legalidade flutua na esfera de circulação alta, regulando as relações econômicas nacionais, enquanto na esfera baixa, prevalecem "liames tradicionalistas de interligação social" controlados por relações estatais legais de opressão e superexploração da mais-valia. (Mascaro, 2008, p. 94).

Nesse sentido, sintetiza o autor, que a legalidade é a "própria afirmação da efetivação social de poderes e hierarquias" (Mascaro, 2008, p. 101). De modo que "os privilégios de classe recebem, assim, ou respaldo legal ou na efetividade social ignoram mesmo a legalidade, no caso da universalidade desta." (Mascaro, 2008, p. 100). Marilena Chauí observa que a sociedade brasileira representa um cenário onde as leis muitas vezes são usadas como instrumentos de preservação de privilégios, repressão e opressão. O direito brasileiro é frequentemente um meio para a afirmação de poderes e hierarquias, em vez de ser um mecanismo para o estabelecimento de direitos e deveres. De forma que o direito brasileiro é profundamente influenciado pela dualidade econômica do país, com impactos significativos nas relações sociais, nas dinâmicas de poder e na própria natureza da legalidade.

De modo que as leis sempre possuíram um caráter de preservar privilégios sob a função coercitiva exercida pelo Estado. (Chauí, 2013). Nessa toada, Kelsen já definiu o Direito como uma ordem coercitiva, ou seja, como uma ordem social que busca determinar aos indivíduos a conduta desejada através de medidas coercitivas. Nas palavras do autor:

Ao definir Direito como ordem coercitiva, isto é, como uma ordem que prescreve atos coercitivos como sanções, a Teoria Pura do Direito simplesmente aceita o significado que o termo "Direito" assumiu na história da humanidade. Ao definir o Direito como uma ordem coercitiva, a Teoria Pura do Direito concebe o Direito como uma técnica social específica. Essa técnica é caracterizada pelo fato de que a ordem social designada como "Direito" tenta ocasionar certa conduta dos homens, considerada pelo legislador como desejável, provendo atos coercitivos como sanções no caso de conduta oposta. (Kelsen, 2001, p.286)

Nesse sentido, a complexa interação entre as diferentes forças da sociedade brasileira revela que a superação das contradições existentes não se dará de forma espontânea. Os indivíduos marginalizados pelo sistema não podem ilusoriamente acreditar que uma reestruturação econômica para um padrão menos desigualitário seja uma mera operação de política econômica. Neste estágio, ambas as partes envolvidas têm suas próprias perspectivas enraizadas, impossibilitando que qualquer uma delas renuncie aos seus princípios: a burguesia não pode ser instada a abdicar da perspectiva da acumulação, que é inerente a ela, e as classes trabalhadoras não podem ser exigidas a incorporar uma perspectiva que lhes é alheia. Essa conjuntura inevitavelmente coloca as contradições da infraestrutura em uma posição de influência central na vida política do país.

A luta por acesso equitativo aos ganhos da produtividade por parte das classes menos privilegiadas transforma-se, por necessidade, em contestação ao regime estabelecido, enquanto a luta pela manutenção da perspectiva da acumulação torna-se, igualmente, uma manifestação de repressão. Neste contexto, a dinâmica das forças envolvidas revela-se central para a compreensão das mudanças políticas que ocorrem no Brasil.

A esse respeito o sociólogo brasileiro Francisco de Oliveira argumenta que a resolução dos problemas existentes na sociedade não acontece naturalmente, e as pessoas excluídas do sistema não podem esperar que a transformação da economia brasileira para algo menos desigual seja apenas uma decisão de política econômica.

Atualmente, tanto a classe empresarial quanto os trabalhadores não podem abrir mão de suas próprias perspectivas. A burguesia não pode abandonar a busca por acumulação de riqueza, que é fundamental para ela, e os trabalhadores não podem adotar essa perspectiva, que é estranha a eles. Essa situação leva inevitavelmente as contradições na base econômica a

terem um papel crucial na vida política do país. "A luta das classes menos privilegiadas por uma parcela justa dos ganhos da produtividade se transforma em contestação ao sistema, enquanto a luta pela manutenção da perspectiva de acumulação se transforma em repressão." (Oliveira, 2003, p. 80)

Finalmente, deve-se apontar que a análise dessa influência econômica na formação do direito é fundamental para compreendermos as complexidades da sociedade brasileira e as desigualdades históricas que perduram até a contemporaneidade. Nesse ínterim, a história brasileira aponta para um horizonte no qual reformas foram pretendidas mas abruptamente impedidas de serem realizadas. A esse respeito será desenvolvido adiante.

2. AS REFORMAS DE BASE DE 1961 E A RUPTURA DEMOCRÁTICA DE 1964

O período entre 1961 e 1964 é caracterizado por uma crise profunda, com raízes em conflitos políticos e econômicos. O final do governo de Juscelino Kubitschek foi marcado por um aumento significativo na taxa de inflação. Jânio Quadros iniciou seu mandato com uma abordagem ortodoxa para contê-la, mas, posteriormente, alterou sua estratégia para um plano de desenvolvimento, colhendo resultados políticos mais favoráveis durante sua presidência. No entanto, renuncia após apenas sete meses, deixando Goulart para assumir o cargo em meio a uma situação econômica desfavorável. No entanto, o programa das Reformas de Base já estava integrado à plataforma do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) durante o mandato presidencial de João Goulart. Essas reformas, ligadas às demandas das classes populares urbanas, representavam uma expressão política, que permeou a vida de João Goulart, fortemente influenciada por seu período no Ministério do Trabalho durante o segundo governo Vargas, na qual se encontrava alinhado a uma tradição de caráter trabalhista, reformista e nacionalista, que ansiava por atingir um patamar de desenvolvimento capaz de concretizar a tão almejada "emancipação econômica" do país.

Esse enquadramento pode ser identificado em um documento mencionado por Moniz Bandeira: uma carta de 1959, dirigida ao senador Benedito Valadares, na época presidente do PSD (Partido Social Democrático), na qual João Goulart expressa sua preocupação com a gradual deterioração da economia brasileira sob a dependência de interesses internacionais, sujeita à pressão direta de corporações estrangeiras ou instituições sob o controle delas, como o

FMI e agências oficiais de crédito. Além disso, alertava para o fato de que grandes interesses, frequentemente, entram em conflito com os superiores interesses do povo, buscando, inclusive, assumir o controle da maquinaria administrativa do Estado para conduzir sua direção econômica (Moniz Bandeira, 2001).

Após assumir o cargo, Goulart se dedicou à defesa de reformas estruturais que propiciassem o avanço da indústria nacional, simultaneamente à reestruturação da produção agrária, buscando também uma integração mais ampla da população, tanto urbana quanto rural, no mercado interno. Além disso, a lei que limitava a remessa de lucros para o exterior, aprovada no final de 1961 e promulgada em 1962, recebeu apoio incisivo do governo Goulart., se enquadrando na política voltada para o desenvolvimento nacional, um objetivo que o presidente Goulart definia como a "missão de sua geração" Essa lei não apenas refletia a preocupação com a proteção dos recursos econômicos nacionais, mas também se alinhava ao desejo de alcançar a tão almejada "emancipação econômica", uma aspiração fundamental durante seu mandato.(Goulart, 1962).

Esse ambicioso projeto reformista, conhecido como "Reformas de Base", tinha como propósito primordial a conciliação entre o crescimento econômico e o progresso social, buscando a erradicação da miséria e almejando a independência frente aos interesses externos. As proposições em consideração abarcavam as seguintes diretrizes: 1) Reestruturação eleitoral, objetivando a amplificação da franquia do sufrágio aos analfabetos e a extensão da elegibilidade aos sargentos; 2) Revitalização tributária, com o desiderato de mobilizar a receita nacional como um instrumento de fomento, mediante o incremento da coleta estatal através de uma maior onerosidade sobre os tributos de natureza direta, ao passo que se abrandava a carga tributária incidente sobre mercadorias e serviços, mediante a instauração de dispositivos voltados a coibir a elisão fiscal; 3) Reconfiguração bancária, com a finalidade de efetivar um controle mais escrupuloso sobre a inflação e catalisar o progresso pátrio, por meio da democratização e seletividade do crédito, subjugando a teia bancária privada a um aparato oficial creditório, personificado pelo Banco Central; 4) Metamorfose cambial, que instituiria a exclusividade cambial a fim de resguardar a moeda nacional e acautelar o erário monetário, neutralizando a importação de artigos supérfluos e dirigindo as moedas sólidas para a aquisição de itens prementes à expansão e emancipação econômica do país; 5) Renovação administrativa, que

ambicionaria simplificar e sistematizar a arquitetura estatal, provendo meios e especialistas hábeis para concretizar planos de desenvolvimento; 6) Retrato universitário, tendo em vista democratizar o ensino superior, forjando profissionais habilitados a suprir as exigências da indústria em ascensão e da produção de conhecimento científico nativo; 7) Revolução urbana, uma empresa destinada a dirimir a crise habitacional nas áreas citadinas; 8) Reestruturação agrária, uma das reformas de maior proeminência durante o governo de João Goulart e que, se efetivada, impactaria profundamente a tessitura econômica da nação, ao reformular o perfil proprietário das terras. (Vasconcelos Silva, 2019)

O final do governo de João Goulart, em 1964, marcou um momento crucial na história política do Brasil, culminando na instauração de um regime militar. As "Reformas de Base," provocaram resistência das elites conservadoras, de setores empresariais e das Forças Armadas. Que movimentaram ideologicamente as massas populares, como ressaltou Marilena Chauí:

Antes de mais nada, lembremos que a derrubada do governo de Jango Goulart é preparada nas ruas com o movimento "Tradição, família e propriedade" para significar que as esquerdas são responsáveis pela desagregação da nacionalidade cujos valores - a tradição, a família e a propriedade privada - devem ser defendidos a ferro e fogo. (Chauí, 2000, p. 41).

Além disso, o contexto internacional influenciou a situação política do Brasil. Durante a Guerra Fria, havia uma forte polarização entre Estados Unidos e União Soviética, e o Brasil não ficou imune a essa disputa ideológica. Setores conservadores e militares brasileiros viam com preocupação qualquer movimento que considerassem favorável à perda de seus privilégios ou à influência de forças que ameaçassem o status quo. O ápice desse conflito ocorreu em 1964, quando o presidente Goulart enfrentou uma série de manifestações e protestos. Os Estados Unidos, como é de costume, apoiaram a destruição da democracia no Brasil em prol de seu imperialismo global.

Nesse contexto, tramava-se sob os auspícios do embaixador norte-americano no Brasil, Lincoln Gordon, tal empreendimento. O desígnio teve seu nascedouro no seio do Plano de Contingência nº2-61, uma estratégia de envergadura que se alinhava à deposição de Goulart. Posteriormente, esse desdobramento logrou em uma vigorosa força-tarefa naval, conhecida

pelo epíteto de "Brother Sam". Entre os documentos que constituem a Biblioteca Lyndon Baines Johnson, há comunicados "que registram a operação militar, que no dia 31 de março de 1964 foi acionada para marcar a presença dos Estados Unidos no litoral brasileiro durante os dias em que o Governo Goulart caia". (Côrrea, 1977, p.15).

Nessa esteira, a operação "Brother Sam" constitui um capítulo significativo e controverso na história das relações entre os Estados Unidos e o Brasil, envolvendo a intervenção direta da Marinha e da Força Aérea dos Estados Unidos em apoio ao golpe de Estado que depôs o presidente democraticamente eleito do Brasil, João Goulart, e estabeleceu um regime militar que duraria mais de duas décadas.

Nesse contexto, as Forças Armadas, lideradas pelo General Humberto de Alencar Castelo Branco, promoveram o golpe militar de 1964 que resultou na destituição de Goulart e na instauração de um regime autoritário. O novo governo suspendeu as liberdades democráticas, restringiu a atuação dos partidos políticos, perseguiu dissidentes e implantou uma série de medidas que restringiram as garantias individuais. Esse período foi marcado por censura, tortura e desaparecimentos de opositores ao regime, em síntese, como destaca Chauí:

A ditadura, desde o golpe de Estado de 1964, deu a si mesma três tarefas: a integração nacional (a consolidação da nação contra sua fragmentação e dispersão em interesses regionais), a segurança nacional (contra o inimigo interno e externo, isto é, a ação repressiva do Estado na luta de classes) e desenvolvimento nacional (nos moldes das nações democráticas ocidentais cristãs, isto é, capitalistas). (Chauí, p.41)

Durante esse período, os direitos civis e políticos foram restringidos, a censura foi amplamente aplicada, opositores políticos foram perseguidos, torturados e muitos foram obrigados ao exílio. A economia foi marcada por políticas de desenvolvimento e industrialização, mas também por medidas de concentração de poder econômico, que permitem afirmar, como fez Florestan Fernandes que: "se já houve, alguma vez, um 'paraíso burguês', este existe no Brasil, pelo menos depois de 1968" (Fernandes, 1987, p. 359).

João Goulart exilou-se no Uruguai e, posteriormente, na Argentina, onde faleceu em 6 de dezembro de 1976, aos 57 anos. Sua morte, um ataque cardíaco, foi considerada natural até que suspeitas de envenenamento culminaram com a exumação de seu corpo, em 2013. O laudo

da perícia foi divulgado pela Polícia Federal no dia 01 de dezembro de 2014, o resultado foi inconclusivo, por conta do avançado estado de decomposição. O regime militar se manteve até meados da década de 1980, quando a ditadura já não era capaz de manter-se. Fato esse, agravado por um episódio específico: O atentado do Riocentro. O episódio da bomba no Riocentro refere-se a um evento marcante ocorrido em 30 de abril de 1981, no Riocentro, um centro de convenções localizado no Rio de Janeiro. O envolveu uma tentativa de atentado à bomba planejada por setores do próprio regime militar.

Durante uma comemoração pelo Dia do Trabalhador, militares planejaram a explosão de uma bomba no Riocentro, com o objetivo de culpar grupos de esquerda e justificar uma repressão mais intensa, legitimando-se por meio do inimigo - criado artificialmente - para viabilizar a manutenção do regime. No entanto, a bomba explodiu prematuramente dentro do carro onde estava sendo preparada, resultando na morte de um dos militares envolvidos e ferimentos graves em outro. O atentado fracassado foi amplamente noticiado, gerando suspeitas e críticas. A narrativa oficial do governo militar tentou encobrir o ocorrido, alegando que a bomba era destinada a um show de música, mas evidências e depoimentos subsequentes sugeriram o envolvimento de militares em atividades ilegais. Esse episódio contribuiu para a exposição das práticas repressivas e violentas do regime militar, aumentando a pressão por abertura política e redemocratização no Brasil. O atentado do Riocentro se tornou um símbolo dos excessos do período autoritário e um marco que ajudou a catalisar o fim do regime militar, que finalmente cederia espaço à redemocratização do país nos anos subsequentes.

Diante disso, as crescentes pressões sociais e políticas levaram a um processo de abertura política que possibilitaram o processo de redemocratização do país, com a realização de eleições diretas para a presidência em 1989 e à promulgação da Constituição de 1988, que estabeleceu os princípios democráticos e os direitos fundamentais no Brasil. A esse respeito será desenvolvido adiante.

3. A ABORDAGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O PAPEL DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA INSTRUMENTALIZAÇÃO DA DESIGUALDADE SOB A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Após sua promulgação, a Constituição de 1988 foi recebida com entusiasmo e

esperança por grande parte da população brasileira. No entanto, ao longo dos anos, surgiram desafios na efetivação dos princípios e direitos consagrados no texto constitucional, o que gerou debates sobre a necessidade de sua revisão e adequação à realidade contemporânea. Nesse contexto, surgiram todos os tipos de apologia e algumas raras críticas ao neoconstitucionalismo, se é que assim pode ser chamado. Lênio Streck, ao constatar a sua inexorável filiação às posturas voluntaristas, considerou colocar o termo entre aspas, entendendo o neoconstitucionalismo como o constitucionalismo compromissório do segundo pós-guerra, longe de ativismos e práticas discricionárias e finalmente, passando a chamar o constitucionalismo do pós-Segunda Guerra de Constitucionalismo Contemporâneo¹. Nesse sentido, há um elemento comum que perpassa essas várias interpretações "neoconstitucionalistas", que é o recurso à técnica da ponderação. (Streck, 2014).

A distinção jurídica entre regras e princípios e a utilização de princípios sem estruturação de regras específicas para materialização da lei é um ponto crucial no que tange essa questão. A distinção reside em sua estrutura normativa e na forma como são aplicados. As regras, mais específicas e detalhadas, estabelecem condições e suas consequências jurídicas, direcionando de maneira mais precisa ações em situações particulares. Em contrapartida, os princípios são formulados de maneira mais ampla e geral, carecendo de uma aplicação direta e imediata. Eles encapsulam valores, propósitos e metas sociais, servindo como diretrizes ponderadas e contextualizadas em casos concretos, de modo que, afirma Robert Alexy: "a positivação dos direitos fundamentais constituem uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser atingida por meios racionais" (Alexy, 1997, p. 25).

A natureza dos princípios é intrínseca à integração normativa, uma vez que eles são utilizados para complementar e fundamentar a aplicação das regras, assim como para resolver possíveis conflitos entre elas. Alexy pretendia que a teoria dos princípios oferecesse "um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas de separação entre Direito e moral". (Alexy, 1997, p.15).

¹ Segundo Streck (2014) é preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (CC), para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo.

A esse respeito, Lênio Streck observa que o neoconstitucionalismo, conforme compreendido no contexto brasileiro, é muitas vezes visto como uma evolução em relação ao antigo juspositivismo exegético. O ponto crítico que deve ser observado, afirma Streck, é a suposta capacidade do neoconstitucionalismo de superar efetivamente as limitações do positivismo e seus impactos negativos (mais especificamente, da técnica da ponderação) na democracia. (Streck, 2014).

Tal recurso, inserido na constituinte a partir do atributo de princípios fundamentais, distancia a mesma ainda mais de sua real responsabilidade histórica. Dessa forma, se o positivismo kelseniano já foi acusado de distanciar-se da realidade em prol de uma suposta cientificidade, como desenvolveu Pachukanis¹, o neoconstitucionalismo vai além, pois esvazia a eficácia da lei em sua natureza objetiva, colocando em razão de horizonte e não mais de necessidade e dever ser.

Diante disso, essa faceta dos princípios como normas de integração e aplicação relativa suscita - não menos que - observações críticas. Pois, devido à sua abertura interpretativa, e submissão a técnica de ponderação, os princípios podem ser passíveis de interpretações subjetivas por parte dos aplicadores do direito, levando a divergências e incertezas na sua aplicação.

Ademais, sua força normativa pode ser afetada pelo contexto político, social e cultural, o que diminui ainda mais sua eficácia na promoção dos valores que encarnam. Nesse sentido, além do aspecto da subordinação e alienação da eficácia dos princípios a interpretação do magistrado, da mesma forma, a interpretação é subordinada e alienada, as suas condições políticas e a conjuntura histórica que a circunscrevem.

Nessa toada, pode-se dizer que estabelecimento da Constituição de 1988 não foi resultado de uma ruptura total com a jurisdição que a antecede, como dispõe Antônio Sérgio Rocha:

¹ Uma teoria geral do direito que não pretende explicar nada, que, de antemão, recusa a realidade factual, ou seja, a vida social, e lida com as normas, não se interessando nem por sua origem (uma questão metajurídica!) nem pela ligação que estabelecem com certos materiais de interesse, só pode, evidentemente, pretender o título de teoria no mesmo sentido usado, por exemplo, para se referir a teoria do jogo de xadrez. Tal teoria não tem nada a ver com ciência. Ela não se ocupa de examinar o direito, a forma jurídica como uma forma histórica, pois, em geral, não tem a intenção de pesquisar o que está acontecendo. (Pachukanis, 2017, p. 71).

Em 1985 se iniciaram os projetos para quebrar com os aparatos institucionais do regime e estabelecer as condições da nova constituição, o que se prolongaria por mais dois anos: "Constituinte derivada ou originária? Exclusiva ou congressual? Provida de anteprojeto ou não?" Era uma situação constituinte. Tudo se deu sob controle de acordo com a previsão da Constituição de 67. Por meio de emenda constitucional nº 25, criaram-se novas condições de governo (Rocha, 2013, p. 54).

Nesse caminho, a crítica pretendida objetiva demonstrar que os princípios fundamentais encarnados na Constituição Brasileira de 1988 têm sido uma manobra hábil para desviar a atenção das responsabilidades iminentes de reformas substanciais. O processo constituinte, marcado por uma pluralidade de ideias e perspectivas, aparenta ter gerado debates intensos sobre questões como os direitos sociais, a reforma agrária, a democratização dos meios de comunicação e a autonomia regional. Contudo, o resultado, em vez de refletir uma genuína busca por justiça social, igualdade e democracia diante de um passado sombrio, pode ser interpretado como uma estratégia retórica que apazigua as aspirações de transformação mais profundas.

Tomando alguns exemplos em consideração, o primeiro e mais notório é a problemática da reforma agrária. O Brasil ainda enfrenta, nos dias atuais, uma marcante desigualdade que tem suas raízes na sua história, remontando aos tempos da escravidão e, de maneira mais específica, à Lei de Terras de 1850. Esta lei se mostrou um marco divisor que inviabilizou a democratização do acesso à terra, ao mesmo tempo que fortaleceu o controle das elites dominantes sobre ela.

A Lei de Terras teve como legisladores proprietários de homens e mulheres escravizados, que enxergaram na legislação uma oportunidade de garantir uma nova forma de dominação, uma vez que a abolição da escravidão estava prestes a ocorrer, em parte devido à pressão exercida pela Inglaterra. Dessa forma, a lei foi moldada de maneira a perpetuar o controle das classes dominantes sobre a terra, impedindo que ela fosse redistribuída de maneira mais equitativa entre a população. À esse respeito, afirma José de Souza Martins:

O objetivo era criar "por meios falsos" uma massa real e verdadeira de "despossuídos" [...], que não tivesse nenhuma outra alternativa senão trabalhar para os grandes proprietários de terra. A Lei de Terras foi um artifício para criar um problema e, ao mesmo tempo, uma solução social

em benefício exclusivo dos que tinham e têm terra e poder. (Martins, 1997, pp. 17-18).

Ao analisar esse contexto histórico, fica evidente como as raízes do desequilíbrio socioeconômico atual têm suas origens profundas e intrincadas, influenciadas por políticas que moldaram a distribuição de terras ao longo do tempo. Portanto, a reforma propugnada por João Goulart almejava uma reconfiguração fundamental dessa situação, cujas raízes, como evidenciado, remontam aos períodos obscuros da escravidão.

No entanto, essa iniciativa foi barrada pela irrupção do regime militar, que promovia agendas externas, bem como pelo poder das elites brasileiras e, por conseguinte, dos grandes proprietários de terras. Posteriormente, na prática, a Constituição de 1988 delegou a concretização da reforma agrária a uma legislação ineficiente (mais especificamente ao determinar a função social da propriedade, em seu artigo 170, II e III da Constituição Federal), um objetivo que nunca chegou a se materializar. (Dezemone, 2016).

Além desse exemplo a Reforma Educacional, em sua proposta, buscava ampliar o acesso a uma educação de qualidade, almejando torná-la mais inclusiva e acessível a todas as camadas sociais. No entanto, essa nobre intenção se deparou com obstáculos significativos, que minaram a implementação concreta da reforma. A carência de recursos adequados, somada à resistência tenaz por parte de setores privados resultou em uma efetividade limitada que culminou na persistência de desigualdades absurdas na qualidade da educação, além de não concretizar plenamente o alcance desse direito fundamental a todos os cidadãos, mas, ao contrário, favorecer as classes dominantes na manutenção de seus privilégios a ela unicamente acessível. De forma que a crise educacional brasileira pode ser lida como um projeto. (Peroni, 2006).

A proposta de Reforma da Previdência e Trabalhista enfrentou uma trajetória semelhante. Seu intuito de modernizar e garantir direitos essenciais relacionados à previdência e ao trabalho esbarrou em barreiras intransigentes. Setores empresariais e grupos com interesses econômicos vigiaram de perto as mudanças, temendo pelo impacto em suas vantagens. Essa resistência obstinada lançou obstáculos substanciais na implementação de políticas mais abrangentes, que poderiam verdadeiramente assegurar esses direitos fundamentais. (Loureiro, 2017).

Assim, as aspirações por reformas profundas de base, como as delineadas por João Goulart, visavam tratar de questões sociais fundamentais. No entanto, a falta de respaldo político gerou uma limitação incontestável na eficácia dessas reformas. Consequentemente, isso perpetuou desafios persistentes na realização dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, demonstrando um cenário onde as intenções e ações muitas vezes se distanciam, deixando muitos desses princípios no papel, em vez de traduzi-los em melhorias reais para a sociedade.

Nessa toada, o artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, em outras palavras, os resultados que tais normas desejam alcançar dependem exclusivamente de seu próprio enunciado. Assim, a partir dele, deve-se presumir a eficácia dessas garantias. No entanto, apenas presume-se, conforme observado, como promessas propositalmente vagas, de modo, talvez, a acalantar o povo, mas que não apresentam, efetivamente, aptidão e meios eficazes para a produção de efeitos materiais. Nesse contexto, a respeito da definição de eficácia, Luís Roberto Barroso estabelece o seguinte:

A eficácia dos atos jurídicos consiste na sua aptidão para a produção de efeitos, para a irradiação das consequências que lhe são próprias. Eficaz é o ato idôneo para atingir a finalidade para a qual foi gerado. Tratando-se de uma norma, a eficácia jurídica designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os seus efeitos típicos, “ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma (Barroso, 2000, p. 83).

À vista disso, a Constituição de 1988, promulgada sob aplausos e expectativas, consolidou princípios democráticos e estabeleceu uma moldura legal para uma nova fase na história do Brasil. Contudo, sua redação, que garante direitos e salvaguardas aos cidadãos, delineia a estrutura governamental e aponta promessas de uma abordagem do Estado em relação a questões sociais, econômicas e culturais, pode ser vista como um arranjo superficial que procura manter o status quo, representando seu caráter ante emancipatório sob um verniz progressista.

De forma que o neoconstitucionalismo, na caracterização da primazia dos direitos

fundamentais atua, fundamentalmente, no esvaziamento da efetividade prática da força da lei. Em outras palavras, retira o poder da norma prática efetiva, e a reveste de uma função de horizonte norteador. Desse modo, a ambiguidade dos princípios constitucionais, concebidos para orientar a aplicação das normas de forma flexível, pode ser compreendida como uma ferramenta que permite uma interpretação seletiva e adaptável a interesses específicos, distinto daqueles pensados originalmente. A distinção entre princípios e regras, embora sirva como uma justificativa para uma aplicação flexível, pode igualmente encobrir a manipulação das diretrizes constitucionais em favor das elites econômicas e políticas. Ou seja, são promessas, que atuam no sentido de produzir reformas emergentes, não tocar em privilégios e injustiças que podem ser verificadas e reverberam na historicidade brasileira. Nesse sentido, se limita a uma configuração e condição de promessa e, assim, antecipa propositalmente sua inefetividade. Como observa Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais, em rigor, não se interpretam; concretizam-se. A metodologia clássica da Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinário aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido (Bonavides, 2009, p. 607).

Diante disso, o legado da Constituição de 1988, embora seja celebrado como um marco de avanço democrático, merece ser analisado com uma lente crítica. Pois, ainda que tenha estabelecido bases para a promoção dos direitos humanos e da democracia, a eficácia de seus princípios permanece ambígua diante das contradições sociais e da persistência das desigualdades. Sob a ótica crítica, a Constituição pode ser vista como uma máscara retórica que, apesar de seu discurso progressista, mantém intactas as estruturas de poder e exploração que caracterizam o sistema sócio-político brasileiro. Ou ainda, conforme a avaliação de Florestan Fernandes, de que a Constituição de 1988 resultou em uma forma de "ditadura institucionalizada", estabelecida com o amplo poder do chamado centrão, o grande bloco de partidos brasileiros de centro-direita. (Fernandes, 1988).

Além disso, de acordo com Mascaro (2019), essas práticas estão longe de observar os princípios constitucionais de forma objetiva e neutra, mas a partir de interesses específicos. Isso sugere que, os fundamentos da estrutura legal do país estão corrompidos em sua própria natureza. A institucionalização desses elementos, como mencionado, pode levar à melhoria dos

instrumentos que envolvem a legalidade. No entanto, como pode ser verificado historicamente, esses “avanços” são em direção a alcançar interesses privados, a realizar a manutenção de privilégios e, por conseguinte, da desigualdade histórica.

Nesse sentido, no contexto da conjuntura antes e pós ditadura, esses interesses que determinam as leis, conforme observado, são objetivos. Essa condição anti emancipatória da lei, encontra na historicidade sua razão de ser: a defesa da propriedade privada e da manutenção dos privilégios de classe sob a lógica da acumulação. Nas palavras do autor:

As práticas sociopolíticas brasileiras tradicionais e as novas diretrizes econômicas internacionais não atentariam apenas à materialidade das normas constitucionais, mas também à democracia formal. Os novos aspectos dessa institucionalização parecem apenas aprimorar os instrumentos que fazem da legalidade um meio para alcançar interesses privados (Mascaro, 2019, p. 178).

Diante disso, sintetiza o autor, que a legalidade é a própria afirmação da efetivação social de poderes e hierarquias. De modo que todas as relações sociais, como os privilégios de classe, recebem, assim, o respaldo legal ou na efetividade social e, em via oposta, ignora tudo aquilo que o sistema não universaliza. Dessa forma, o raciocínio aponta para uma preocupação crítica com a relação entre as práticas políticas e econômicas no Brasil, destacando como a legalidade pode ser usada como uma ferramenta para promover interesses particulares, no caso em questão, evitando reformas substanciais, em detrimento de ideais democráticos esvaziados. Essa análise sugere uma necessidade de avaliar de maneira aprofundada como as influências globais e as tradições locais moldam a forma como as instituições operam no país, com implicações significativas para a democracia e a justiça. A esse respeito, dispõe Mascaro: “A dialética da exploração e da dominação no quadro histórico brasileiro demonstra uma plena insistência numa forma de relação social verticalizada.” (Mascaro, 2019, p. 100).

Diante disso, em um contexto em que as estruturas sociais já são marcadas por profundas assimetrias econômicas, o neoconstitucionalismo representa nada além da instrumentalização da lei (ou do esvaziamento dela, no caso dos princípios fundamentais) para legitimar e perpetuar a desigualdade.

A manipulação de princípios em prol de grupos privilegiados pode ocorrer de forma

sutil, por meio de interpretações que atendam aos interesses de elites econômicas e políticas, enquanto desconsideram as demandas da população mais vulnerável. Além disso, o neoconstitucionalismo pode ser usado para justificar decisões judiciais que reforçam a desigualdade em nome da preservação da ordem ou da estabilidade econômica. A ideia de que a intervenção estatal em questões econômicas deve ser mínima, em conformidade com princípios neoliberais, pode levar a decisões judiciais que favorecem políticas de austeridade e restrição de direitos sociais, prejudicando especialmente os grupos marginalizados.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo representa historicamente um contorno a reformas substanciais, pretendidas anteriormente pelo então presidente João Goulart, com promessas, cuja natureza de aplicabilidade parece ter sido propositalmente comprometida por interesses anti emancipatórios. À vista disso, destaca-se a manipulação do atraso diante das reformas emergentes realizadas por diversos países, há muito antes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do Brasil, caracterizada por sua realidade periférica, reforça a relação entre o âmbito jurídico e político. A partir da Constituição de 1988, juntamente com a influência das concepções do novo constitucionalismo, os tribunais ganharam destaque como instâncias aptas a tomar decisões políticas guiadas por princípios. Nesse contexto, os tribunais decidem em detrimento das instituições representativas, reféns de um poder manifestado na externalidade.

A abordagem neoconstitucionalista que confere aos juízes a competência para decidir com base na autoridade técnica e intelectual dos magistrados, combinada com a história de um capitalismo periférico que utilizou a lei como meio para obter vantagens políticas e econômicas, agrava ainda mais um problema que preexiste à atual Constituição e têm nela amparo e égide de sua manifestação.

Nesse contexto, a constituinte se limita às promessas cujos fins são propositalmente inviabilizados pelo poder constituinte em sua própria gênese e, dessa forma, reproduz o caráter anti emancipatório que impediu João Goulart de materializar as reformas de base, manifestado no regime militar de 1964 e revestido, na constituição de 1988, de um falso viés progressista.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BANDEIRA, Luiz A. M. **O governo João Goulart: as lutas sociais no Brasil, 1961- 1964**. 7a ed. Rio de Janeiro: Revan; Brasília: Ed. Unb, 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CHAUÍ, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Autêntica, 2013.
- _____. **Brasil: Mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- CORREIA, Marcos Sá. **1964 Visto e Comentado pela Casa Branca**. L&PM. Porto Alegre.1977.
- DEZEMONE, Marcus. **A questão agrária na crise política que levou à queda do governo Goulart**. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 36, n. 71, p. 131-154, 2016.
- FERNANDES, Florestan. **A revolução burguesa no Brasil: ensaio de interpretação sociológica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987.
- _____. **O processo constituinte**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados/Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1988.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes,1998.
- LOUREIRO, Felipe Pereira. **João Goulart e a Cúpula do Movimento Sindical Brasileiro: O Caso das Confederações Nacionais de Trabalhadores (1961-1964)**. História (São Paulo), v.36, e3, p.16-23, 2017. ISSN 1980-4369. 2017.
- OLIVEIRA, Francisco. **Crítica à razão dualista, O ornitorrinco**. São Paulo: Boitempo, 2003.
- PACHUKANIS, Evguiéni. **Teoria Geral do Direito e Marxismo**. 1ª edição.Boitempo: 2017.
- PERONI, Vera Maria Vidal. **A relação público/privado e a gestão da educação em tempos de redefinição do papel do Estado**. In: ADRIÃO, Theresa; PERONI, Vera Maria Vidal (Org.). Público e privado na educação: novos elementos para o debate. São Paulo: Xamã, 2008.
- MASCARO, Alysson. **Crítica da legalidade e do direito brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- VASCONCELOS SILVA, Aline. **JOÃO GOULART E AS REFORMAS DE BASE**. TEXTOS E DEBATES, Boa Vista, n.32, p. 5-20, jan./jun. 2019.
- ROCHA, Antônio Sérgio. **Genealogia da Constituinte. Do autoritarismo à Redemocratização**. Lua nova. Revista de Cultura e Política. Dossiê "Constituição e Processo Constituinte", nº88, 2013.
- STRECK, Lenio. **Eis por que abandonei o neoconstitucionalismo**. In: Conjur, 13 de março de 2014.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-13/senso-incomum-eis-porque-abandonei-neoconstitucionalismo>. Acesso em: 14 de agosto de 2023.

A PROBLEMÁTICA DA APATRIDIA E A NACIONALIDADE COMO UM DIREITO HUMANO

Valeria Nicole Vianello¹

RESUMO

Apátridas são indivíduos não considerados como nacionais por nenhum Estado. O fenômeno da apatridia, ocorreu em larga escala ao longo do século XX, e mesmo com avanços significativos na busca por soluções e prevenção desse problema, ele permanece uma realidade atual na vida de aproximadamente 12 milhões de pessoas, resultando em consequências negativas, sobretudo à privação destes indivíduos ao acesso a direitos fundamentais e universais. O objetivo deste estudo é identificar este fenômeno e analisar os instrumentos normativos e ações adotadas em âmbito internacional e principalmente nacional para resolvê-lo. Ainda, busca-se elucidar a relevância do direito à nacionalidade, classificando-o como um direito humano e constitucional, sendo somente através dela que um indivíduo poderá exercer seus direitos plenamente. Por meio de uma pesquisa de abordagem do tipo qualitativa, o presente estudo busca explicar a relação direta entre a nacionalidade e os direitos humanos, sendo a apatridia uma consequência da não observância deste preceito pelos Estados.

PALAVRAS-CHAVE: Apatridia; Direitos Humanos; Direitos Constitucionais; Nacionalidade; Direito Internacional.

ABSTRACT

Stateless persons are individuals who are not considered nationals by any State. The phenomenon of statelessness occurred on a large scale throughout the 20th century, and even with significant advances in the search for solutions and prevention of this problem, it remains a current reality in the lives of approximately 12 million people, resulting in negative consequences, especially for depriving these individuals of access to fundamental and universal rights. The objective of this study is to identify this phenomenon and analyze the normative instruments and actions adopted at the international and, mainly, national level to solve it. Still, it seeks to elucidate the relevance of the right to nationality, classifying it as a human and constitutional right, and it is only through it that an individual can fully exercise their rights. Through a research approach of the qualitative type, this study seeks to explain the direct relation between nationality and human rights, statelessness being a consequence of non-compliance with this precept by States.

¹ Mestranda em Direito das Migrações Transnacionais pela Universidade do Vale do Itajaí e Università degli Studi di Perugia.

KEYWORDS: Statelessness; Human rights; Constitutional Rights; Nationality; International Law.

INTRODUÇÃO

O presente estudo consiste em realizar um panorama quanto à apatridia, e como esta condição se trata de uma expressa violação aos direitos humanos, relacionando o tema com a questão da nacionalidade na perspectiva de direito humano. Para tanto, buscou-se trazer a conceituação do tema, a partir de uma breve explanação quanto ao histórico da apatridia desde a Segunda Guerra Mundial até os dias atuais, além de elucidar o conceito de nacionalidade como Direito previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Foi contextualizado o quadro jurídico internacional sobre o tema, predominantemente composto pela Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção sobre a Redução da Apatridia de 1961, além de mencionar a participação de Organizações Internacionais. Ainda, são apresentadas as nuances da legislação brasileira no que tange a apatridia, e a classificação da nacionalidade como um Direito Constitucional, elevando o Brasil a um bom exemplo quando se trata da solução da apatridia.

Busca-se com esta exposição de conceitos, relacionar a apatridia com a ausência de um direito humano fundamental, que é o da nacionalidade, sendo este um dos temas mais importantes no campo dos direitos civis e políticos. Garantir o pertencimento a cada indivíduo é essencial para a realização plena da dignidade humana e para o exercício de seus direitos individuais e coletivos.

A compreensão destas questões é fundamental para avançar na construção de uma sociedade justa e que respeite os direitos humanos. Ao aprofundar-se nesse tema, se espera contribuir para que o debate acadêmico seja mais frequente, visando a formulação de políticas públicas mais efetivas que promovam a proteção e a realização plena do direito humano à nacionalidade para todos os indivíduos.

1. DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

1.1 Apatridia

“Ser destituído de cidadania é ser destituído do mundo, é como retornar a uma selva

como homens das cavernas ou selvagens... eles podiam viver e morrer sem deixar quaisquer vestígios". (ARENDT, 2012).

A frase mencionada acima, foi citada no ano de 1951 pela filósofa política alemã de origem judaica e apátrida, Hannah Arendt, no livro "As origens do totalitarismo".

Hannah Arendt teve sua nacionalidade tolhida no ano de 1933 pelo governo Hitler, devido a sua origem judaica, tendo que viver de forma irregular na França, onde também era malquista pelo fato de ter vindo/ser da Alemanha. No ano de 1939 foi enviada pela França a um campo de concentração, de onde posteriormente conseguiu escapar e finalmente, somente no ano de 1951, pôde obter a cidadania estadunidense.

Na visão de Arendt, que viveu por 18 anos nesta condição, apátridas são indivíduos que formalmente perderam sua nacionalidade, e também, àqueles que não podem mais usufruir de seus direitos de cidadania, ou seja: solicitantes de asilo, refugiados, migrantes econômicos e até mesmo cidadãos naturalizados, mas que correm o risco de serem desnaturalizados em tempos de crise, esta exclusão leva estes indivíduos a um status de *rightlessness*, ou seja, sem direitos.

Para a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, em seu artigo 1º, §1º, apátrida é toda pessoa que não seja considerada como nacional seu por nenhum Estado, conforme a sua legislação.

No entanto, apesar do grande lapso temporal e evoluções na sociedade como um todo, a apatridia continua latente.

Tal condição impede a obtenção de documentos básicos e mínimos para qualquer cidadão, o que consequentemente os tolhe de diversos outros direitos fundamentais, como registrar seus filhos, ter acesso à educação, à saúde, comunicar crimes, casar, ser registrado em um emprego formal, adquirir um imóvel, votar, abrir uma conta bancária, além de diversas outras privações que ocorrem durante toda a vida de um apátrida, e até mesmo após o seu falecimento, dada a impossibilidade de emissão de uma simples certidão de óbito.

Verifica-se que este cenário acaba por trazer uma vida de marginalidade, no sentido literal da palavra, visto que os apátridas vivem às margens da sociedade, em um verdadeiro limbo social e jurídico, contribuindo também para um ciclo de pobreza e vulnerabilidade.

Atualmente, apesar de os dados concretos da ACNUR - órgão encarregado de auxiliar os apátridas e imigrantes em geral - apontarem a existência de 3,5 milhões de apátridas no

mundo, estima-se que, na realidade, existem aproximadamente 12 milhões de pessoas não reconhecidas como cidadãos em nenhuma nação, ou seja, sem nacionalidade – *statelessness*.

Diante de tal constatação, surge o questionamento de como um indivíduo pode encontrar-se numa situação como esta, de ausência de nacionalidade e consequente ausência de direitos humanos fundamentais.

Para a ACNUR, “a apatridia está normalmente associada a períodos de mudanças profundas nas relações internacionais. A remarcação de novas fronteiras internacionais, a manipulação dos sistemas políticos por parte de líderes nacionais afim de alcançar fins políticos questionáveis e/ou a denegação ou privação da nacionalidade para excluir e marginalizar minorias raciais, religiosas ou étnicas, têm resultado em apatridia em várias regiões do mundo” (ACNUR, 2014).

Os motivos que levam a apatridia são variados, dos quais destaca-se a existência de leis de nacionalidade conflitantes ou com lacunas. A nacionalidade pode ser adquirida de duas formas: *jus soli*, quando é adquirida pelo nascimento do indivíduo no território, e *jus sanguinis*, quando a aquisição da nacionalidade ocorre por descendência, havendo a possibilidade destes modos de aquisições conflitarem entre si. Neste sentido, de acordo com Bichara, tem-se que “a ausência de laço jurídico da nacionalidade decorrente do refúgio ou de uma incongruência legal caracteriza uma pessoa como “apátrida” pelo direito internacional” (BICHARA, 2017, p. 238). Verifica-se a ocorrência desta situação na Índia, por exemplo, uma vez que, se um indivíduo nasce na Índia, e nenhum de seus pais é cidadão indiano, pode ocorrer a apatridia.

Outra situação seria a discriminação de gênero, vez que, apesar de a maioria dos estados permitirem a aquisição da nacionalidade por descendência parental, independentemente do local de nascimento, certas nações não permitem que as cidadãs/mães transmitam a nacionalidade para seus próprios filhos. Neste sentido, em casos em que o pai é apátrida ou desconhecido, pode acontecer um ciclo de apatridia entre gerações.

A etnia também é um dos motivos que leva a apatridia, tendo em vista que muitas nações definem um indivíduo como nacional com base em atributos como idioma, costumes e religião, por exemplo.

A sucessão de estado trata-se, também, de um dos motivos. Ou seja, quando uma nação ou nacionalidade específica deixa de existir, ou quando o território passa a ficar sob o

controle de outro estado, com o exemplo da separação da União Soviética em 1991.

Dentre outros motivos, destaca-se, também, a existência de obstáculos administrativos como cumprimento de prazos, barreiras geográficas ou de alfabetização, além da existência de territórios não estatais, como os territórios palestinos, por exemplo.

A religião, mesmo que de forma indireta, também trata-se de uma das razões que levam a apatridia, isto porque minorias religiosas podem enfrentar discriminação por parte do grupo religioso predominante ou pelo Estado, acarretando em restrições ao direito de aquisição de cidadania ou à revogação com base na religião. Além disso, havendo conflitos religiosos que incluem a disputa territorial, pode ocorrer a apatridia quando suas comunidades são deslocadas devido a conflitos. Ainda, a questão da proibição do casamento inter-religioso em alguns países pode ocasionar diversos casos de apatridia, principalmente em nações onde a religião desempenha um papel central na identidade nacional e o casamento é considerado um assunto de interesse público, como é o caso de Israel, que possui uma política de casamento baseada na religião e o casamento civil não é reconhecido, Arábia, onde há a proibição de casamentos entre muçulmanos e não muçulmanos, bem como na Malásia e Catar. Nestes casos, com o nascimento de filhos e incongruência de demais critérios de nacionalidade, também pode ocorrer apatridia.

Por fim, cumpre mencionar a existência das nações sem estado. Em suma, tratam-se de grupos étnicos/nações, a exemplo da população curda, que não possuem o reconhecimento de um estado soberano, o que consequentemente pode gerar casos de apatridia.

No que tange ao quantitativo de indivíduos em situação de apatridia, dados da ACNUR, apesar de considerados desatualizados, demonstram a existência de 1,582 milhões de apátridas na Ásia e Pacífico, 715.089 na África, 570.534 na Europa,

372.461 no Oriente Médio e Norte da África, 2.460 nas Américas, além de mencionar casos específicos de Estados com populações significativas de apátridas, que incluem o Brunei (20.992), Estônia (97.749), Iraque (120.000), Nepal (800.000), Rússia (178.000), Síria (231.000), Tailândia (506.197) e a Malásia (40.001). (ACNUR, 2006).

1.2. A nacionalidade como direito humano

Após os devastadores acontecimentos da Segunda Guerra Mundial, os líderes das

nações que emergiram como potências no período pós-guerra, sob a liderança dos Estados Unidos e da União Soviética, sentindo a necessidade de edificar um mundo fundamentado em novas bases ideológicas, decidiram pela criação de uma organização multilateral dedicada à promoção de negociações de conflitos internacionais, com o objetivo de evitar guerras e fomentar a paz, a democracia e a proteção dos Direitos Humanos, dando surgimento, através da Carta de São Francisco, à Organização das Nações Unidas. Neste sentido, viu-se indispensável a elaboração de uma declaração universal, que tornassem claros e específicos os direitos individuais inerentes à cada pessoa, o que ensejou na criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948 (BAILEY, 2023).

Para Paulo Bonavides “[...] essas Declarações fizeram vingar um gênero de sociedade democrática e consensual, que reconhece a participação dos governados na formação da vontade geral e governante [...]” (BONAVIDES, 2013).

Tem-se como definição de direitos humanos àqueles inerentes a todos os seres humanos, independentemente da sua raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição. (ONU, 1948).

Dentre a ampla série de direitos abrangidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, encontra-se o direito à nacionalidade, *in verbis*:

Art. 15º Todo indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade. Ninguém pode ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. (ONU, 1948).

Por nacionalidade, pode-se definir como sendo “o vínculo entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado” (REZEK, 2013).

A nacionalidade, portanto, determina o pertencimento de um indivíduo, seus direitos e obrigações inerentes à condição de nacional. De acordo com o artigo 1º da Convenção de Haia:

Art. 1º Cabe a cada Estado determinar, segundo sua própria legislação, quem são os seus cidadãos. Essa legislação será reconhecida por outros Estados na medida em que seja compatível com as convenções internacionais, com o costume internacional e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade. (Convenção de Haia de 1930, Artigo 1º).

Contudo, para além do vínculo meramente formal, a relevância da nacionalidade emerge da existência de vínculos sociais entre o Estado e o indivíduo, da relação de pertencimento. Nesta perspectiva, distancia-se a concepção do nacional como mero componente do Estado, passando a ser reconhecido como 'sujeito de direito de uma relação jurídica como Estado', condição basilar para assegurar a dignidade humana.(FONTES, 2011).

O artigo supracitado da DUDH foi um princípio norteador que possibilitou a criação de outras convenções internacionais de proteção à nacionalidade. Neste sentido, além da proteção concedida pela DUDH, destaca-se também o Pacto dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, e que em seu artigo 24, §1º dispõe que "toda criança tem direito de adquirir uma nacionalidade".

Tratando-se das Américas, cumpre mencionar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor no ano de 1978, e atualmente é uma das bases do sistema interamericano de proteção dos Direitos Humanos. Em seu artigo 20, § 2º, estabelece que "Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra". Ainda, menciona-se o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Estatuto dos Apátridas.

Para Hannah Arendt, o direito primordial, do qual derivam os demais, é o "direito a ter direitos" (ARENDT, 2012), estes que somente podem ser pleiteados quando há acesso pleno à ordem jurídica, o que somente pode ser proporcionado com a cidadania, trazendo à tona a relevância do direito humano à nacionalidade.

Sem uma nacionalidade, todos os outros direitos são de difícil, ou até mesmo impossível acesso, o que revela o caráter essencial do direito à nacionalidade no rol de direitos humanos, devendo ser respeitado pelas nações, bem como pela sociedade civil internacional, e para mais do que somente respeitar, este direito deve ser buscado e facilitado o seu acesso aos indivíduos que não a possuem. Além disso, pode-se mencionar que a nacionalidade é um dever do Estado, uma vez que é inerente a ele definir seus nacionais, cabendo à Organização das Nações Unidas a fiscalização neste sentido aos Estados que aderiram à tratados internacionais visando a proteção da nacionalidade.

2. QUADRO JURÍDICO INTERNACIONAL DA APATRIDIA

No âmbito jurídico internacional, as questões relacionadas a apatridia possuem um duplo enfoque: o de proteger os apátridas e o de prevenir a ocorrência de situações de apatridia. Este quadro jurídico é predominantemente composto por duas convenções da ONU, que tratam de forma exclusiva sobre o tema: a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954 e a Convenção sobre a Redução da Apatridia de 1961. No entanto, existem outros acordos e mecanismos do Direito Internacional que, mesmo que de forma não específica, abordam a questão dos indivíduos sem nacionalidade.

2.1. Tratados e convenções internacionais

Com a iminência da questão da apatridia, diversos tratados e convenções internacionais foram surgindo em meados do século XX, com o objetivo de combater esta condição e garantir o direito mínimo à nacionalidade, com a primeira menção realizada através do Tratado da Minorias, elaborado pela Liga das Nações após o fim da Primeira Guerra Mundial.

No entanto, somente após o grande volume de expatriações ocorridas no pós segunda guerra, foi que a apatridia voltou ao foco no âmbito internacional. Neste cenário, com a considerável presença de refugiados e expatriados causados pela Segunda Guerra, somado ao fato de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, apesar de sua relevância, não possui caráter vinculativo, ou seja, não se constituiu qualquer obrigação para as nações que não fossem membros da ONU de realizar algum tipo de mecanismo preventivo e de redução da apatridia ou de quaisquer casos relacionados a imigração, foi necessário buscar alternativas a fim de possibilitar a execução de medidas mais efetivas para a resolução dos casos crescentes de apatridia.

Tais acontecimentos influenciaram o desenvolvimento da Convenção de 1954, que versou sobre o estatuto dos apátridas, o que por conseguinte inspirou a criação da Convenção relacionada a redução dos casos de apatridia, entrando em vigor somente em 1961 e com a

aderência por 68 países membros da ONU. (WEISSBRODT, 2006).

A Convenção de 1954 visou estabelecer direitos básicos e fundamentais aos apátridas que encontram-se na jurisdição dos estados aderentes, permitindo a sua inserção perante a vida civil. Em seu artigo 1º, deu-se a definição de apátrida:

“Aos efeitos da presente Convenção, o termo ‘apátrida’ designará toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo sua legislação, como seu nacional.”

De acordo com a Convenção de 54, os mesmos direitos concedidos aos estrangeiros, e em certas ocasiões aos nacionais, devem ser possibilitados aos apátridas. Ademais, dispõe-se na Convenção acerca das obrigações inerentes ao indivíduo em condição de apatridia, dentre elas o respeito às legislações e à ordem pública. Contudo, dentre todos os direitos e obrigações conferidas aos apátridas no âmbito da Convenção de 54, não abordou-se a aquisição efetiva de nacionalidade, ou seja, os direitos elencados não visavam uma solução permanente para a questão.

Diante desta deficiência constante na Convenção de 54, e a necessidade de elaborar ações que, além de conferir direitos, visassem a prevenção de casos de apatridia, deu-se origem, no ano de 1961, à Convenção para a Redução dos casos de Apatridia, com vigor a partir de 1975 e aderência inicial de 40 Estados-parte. Nesta Convenção, afastou-se do caráter paliativo existente na anterior, sendo propostos aos Estados signatários diversos princípios a serem adotados, além de fornecer mecanismos para solucionar e também evitar a apatridia. Dentre os princípios, inclui-se o de conferir a nacionalidade no nascimento de indivíduos com chance de serem apátridas, previsto logo no artigo 1º da Convenção. O foco desta Convenção versou sob quatro áreas, quais sejam: evitar a apatridia entre crianças, por perda ou renúncia a nacionalidade, por privação da nacionalidade e no contexto da sucessão do Estado. (ACNUR, 2021).

Ainda, em seu teor, dispõe-se de instruções diretas e específicas aos Estados-parte, com medidas a serem tomadas diante das várias hipóteses de perda de nacionalidade, além de evitar a não aquisição desde o nascimento.

Verifica-se, portanto, que ao contrário da Convenção de 54, a de 61 foi mais específica e extrema, dando diretrizes precisas aos Estados para a solução dos casos de apatridia, prevendo

inclusive a adoção dos critérios *jus solis* e *jus sanguinis* para os Estados-parte, o que de certa forma acabou por obrigar os países a alterarem sua legislação acerca de concessão da nacionalidade.

Além das duas Convenções mencionadas, cumpre abordar a existência de tratados internacionais que, mesmo que não expressamente, conferem direitos e garantias aos apátridas, uma vez que abordam a questão da nacionalidade e de direitos humanos em geral. Neste sentido, menciona-se: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre os Direitos da Criança. Tais tratados são aperfeiçoados através de instrumentos regionais, tanto para proteção dos direitos humanos, quanto especificamente à questão dos apátridas, a fim de trazer ainda mais efetividade.

De acordo com Blitz e Linch, em sua obra "Statelessness and Citizenship: A Comparative Study on the Benefits of Nationality, as Convenções da ONU para a apatridia abarcaram de forma mais concreta o direito à nacionalidade, expresso no artigo 15 da DUDH, apresentando perspectivas distintas, mas que somam entre si soluções para a apatridia (BLITZ; LINCH, 2009).

Contudo, há de se mencionar a problemática questão da baixa adesão às Convenções, tendo em vista que, apesar de 193 países serem membros da ONU, a Convenção de 54 foi aderida por 96 países signatários, e enquanto a de 61 por somente 78 países, trazendo ainda mais dificuldade quanto a diminuição e solução dos casos de apatridia, visto que os Estados são os entes que detêm de maiores condições políticas e jurídicas para a efetivação dos direitos humanos de forma mais precisa (ACNUR, 2021).

2.2. Papel das organizações internacionais na proteção dos direitos dos apátridas

Dois anos após a promulgação da DUDH, e ainda diante das consequências latentes trazidas pela guerra, a ONU criou o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, a fim de proteger e assegurar os direitos das pessoas em situação de refúgio, deslocados internos, além de identificar, prevenir e reduzir os casos de apatridia (ACNUR, 2021).

A atuação do ACNUR no âmbito da apatridia consiste em quatro pilares: identificação

dos apátridas, prevenção, mormente através de consultoria jurídica aos Estados no que tange à legislação de nacionalidade, redução através da aquisição de nacionalidade, e proteção, fornecendo assistência jurídica tanto aos indivíduos apátridas para obtenção de direitos básicos, quanto aos próprios governos que lidam com a apatridia, principalmente estimulando a adesão dos Estados-parte à Convenção de 61.

No ano de 2014, a ACNUR lançou uma campanha global visando acabar com os casos de apatridia até o ano de 2024. Nesta campanha, foi publicado um relatório com dados relevantes, como a relação dos Estados que aderiram às convenções de 54 e 61, um panorama da apatridia através dos anos, com marcos temporais importantes, além de demonstrar casos específicos com relatos de apátridas e ex-apátridas. (ACNUR, 2014).

Neste mesmo sentido, também foi elaborado um plano de ação global, no qual foram estruturadas 10 ações e práticas a serem tomadas pelas nações e sociedade como um todo, a fim de finalizar os casos de apatridia no prazo estipulado de 10 anos.

Ainda, menciona-se a 'Campanha das Convenções sobre Apatridia', que objetivou a convocação dos Estados para aderir às Convenções de 1954 e 1961. Foram elucidadas seis razões para a adesão às Convenções de 1954 e 1961, sendo:

- "1. As convenções sobre apatridia estabelecem normas mundiais;
2. As convenções sobre apatridia ajudam a resolver conflitos de legislação e evitam que as pessoas sofram as consequências das lacunas nas leis de cidadania;
3. A prevenção da apatridia e a proteção das pessoas apátridas contribuem para a paz e a segurança internacional e para a prevenção do deslocamento forçado;
4. A redução da apatridia melhora o desenvolvimento social e econômico;
5. Resolver a apatridia promove o Estado de Direito e contribui para melhorar a regulação da migração internacional;
6. Aderir às convenções sobre apatridia sublinha o compromisso dos países com os direitos humanos" (ACNUR, 2011).

Além da ACNUR, cumpre mencionar outras organizações com os mesmos objetivos, dentre elas, a Organização Internacional de Apátridas, criada em 2012 nas Filipinas com atuação

através de voluntários que fornecem representação institucional aos apátridas.

No âmbito das Organizações Não Governamentais, há o Instituto de Apatridia e Inclusão, que se trata da primeira ONG de direitos humanos que dedicou-se à promoção do direito à nacionalidade. Suas ações baseiam-se em quatro metas abordadas no “Plano Estratégico 2018-2023”. (ISI, 2021).

O Instituto realiza trabalhos, estudos e campanhas em conjunto com a Rede Europeia sobre Apatridia, que consiste em uma aliança da sociedade civil, abrangendo mais de 180 organizações presentes em 41 países, com foco aos casos de apatridia existentes no continente europeu, também com um plano estratégico neste sentido <https://www.statelessness.eu/about>

A Rede Europeia sobre Apatridia deu início à relevante campanha Stateless Journeys, que tem por objetivo a geração de “uma base de evidências e ferramentas para advocacy, capacitação, conscientização e engajamento da comunidade, para proteger os direitos dos refugiados apátridas e prevenir novos casos de apatridia decorrente do contexto migratório na Europa.” (ENS, 2019).

Ainda que haja o relevante empenho das organizações da sociedade civil no sentido de erradicar e prevenir a apatridia, a solução para esta demanda ocorre de forma morosa, sendo de extrema importância que, além da sociedade, haja a adesão dos estados às convenções e tratados, bem como a participação em ações visando o fim da apatridia, visto que somente a estes é dada a atribuição de definir sua legislação referente à nacionalidade.

3. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

3.1. Panorama geral da legislação brasileira sobre apatridia

Atualmente, o Brasil é considerado um dos exemplos a serem seguidos quando o assunto é apatridia, inclusive com menção no Handbook nº 29 do ACNUR, um livro que menciona as boas práticas referentes a lei de nacionalidade, no entanto, levou-se um tempo considerável até alcançar este *status*.

No ano de 1961 houve a introdução da Convenção do Estatuto dos Refugiados no ordenamento jurídico brasileiro, sendo o primeiro a abordar este tema de refúgio, de uma forma mais ampla.

Posteriormente, na década de 80, foi criado o Estatuto do Estrangeiro, dando início ao

Conselho Nacional de Imigração. Contudo, em ambos os dispositivos legais, não tratou-se da questão da apatridia, havendo somente uma fraca menção no artigo 55, I da Lei nº 6.815/1980:

Art. 55. Poderá ser concedido passaporte para estrangeiro:I
- no Brasil:
ao apátrida e ao de nacionalidade indefinida; (BRASIL, 1980).

Mesmo com a urgência do assunto, foi somente no ano de 2002 que a apatridia começou a ganhar um cenário de maior relevância no Brasil, com a promulgação da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas através do Decreto nº 4.246/2002, o que pôde garantir direitos básicos fundamentais aos indivíduos em situação de apatridia.

Treze anos depois, através do Decreto nº 8.501/2015, o Brasil promulgou também a Convenção para Redução dos Casos de Apatridia, tornando ainda mais abrangentes os direitos concedidos aos apátridas em território brasileiro.

No entanto, viu-se a necessidade de incluir o apátrida de forma mais concisa no ordenamento jurídico brasileiro, visto a pequena menção dada pelo Estatuto do Estrangeiro. Neste sentido, no ano de 2017 foi instituída a Lei de Migração, que além de conceituar o apátrida logo em seu primeiro artigo, promoveu a isonomia de direitos em relação aos nacionais e firmou um posicionamento em consonância com as políticas internacionais neste sentido.

O grande diferencial da legislação brasileira em oposição a maioria dos outros países, é que além de prever direitos fundamentais, é oferecida a naturalização ao apátrida, tornando-os brasileiros e concedendo todos os direitos a eles inerentes.

Mazzuoli dispõe acerca do tema:

“Destaque-se, por fim, que a Lei de Migração (art. 26) dispõe expressamente sobre a proteção do apátrida e a redução da apatridia, com vistas a simplificar o processo de naturalização para os que forem reconhecidos em tal condição. A partir do reconhecimento da condição de apátrida, poderá a pessoa, se assim desejar, adquirir a nacionalidade brasileira (§ 6º); se assim não pretender, terá, contudo, autorização de residência outorgada em caráter definitivo (§ 8º) e direito reconhecido à reunião familiar (§ 11)” (MAZZUOLI, 2020).

Ainda, segundo a pesquisadora Ana Raquel Menezes:

“O Brasil é um país que se destaca nesse sentido com várias práticas. Para mim a mais importante delas é conceder nacionalidade a qualquer pessoa nascida no território brasileiro (jus soli). Muitos países não possuem essa prerrogativa, e isso acaba gerando casos de apatridia” (RABELO, 2021).

Através da Portaria Interministerial nº 05/2018, foram estabelecidos os procedimentos a serem adotados em relação ao pedido de reconhecimento de naturalização dos apátridas, que trata-se de um processo relativamente facilitado, o que somado às outras práticas realizadas, eleva o Brasil a caso de sucesso no que tange à solução da apatridia.

3.2. A nacionalidade como Direito Constitucional no Brasil

A primeira menção de nacionalidade no quadro jurídico brasileiro, deu-se através da Constituição de 1824 e posteriormente na de 1891, no entanto, não havia uma definição específica acerca do tema. Com a promulgação da Constituição de 1934, finalmente foram delimitados os conceitos de nacionalidade e cidadania, e atualmente com a “Constituição Cidadã” de 1988, concebida após o período de governo militar e marcando uma época de renovação das liberdades individuais e coletivas, foram previstos uma série de princípios destinados a salvaguardar os direitos humanos, que serviram de alicerce para a posterior formulação das leis brasileiras que previam conceitos como nacionalidade, cidadania e também migração.

Para Plácido e Silva, a nacionalidade:

“Exprime a qualidade ou a condição de nacional, atribuída a uma pessoa ou coisa, em virtude do que se mostra vinculada à Nação ou ao Estado, a que pertence ou de onde se originou. Revelada a nacionalidade, sabe-se assim, a que nação pertence à pessoa ou a coisa. E, por essa forma, se estabelecem os princípios jurídicos que se possam ser aplicados quando venham as pessoas a ser agentes de atos jurídicos e as coisas, objeto destes mesmos atos. (SILVA, 2004).

Neste sentido, o Brasil incluiu em sua ordem jurídica diversos acordos de direitos humanos, acatando várias declarações internacionais que protegem o direito à nacionalidade e, por conseguinte, os direitos dos migrantes. Isso demonstra o compromisso do Estado brasileiro

em adequar sua legislação doméstica com o direito internacional dos direitos humanos.

A Carta Magna de 1988 define na seção de direitos fundamentais, em seu artigo 12, as duas hipóteses em que considera-se um indivíduo como nacional, a nacionalidade originária e a adquirida, no entanto, sendo vedado qualquer tipo de distinção entre estas, salvo em casos expressos pela CF.

A hipótese de nacionalidade originária é aquela inerente aos brasileiros natos. Utilizando-se do critério *ius soli*, quando um indivíduo nasce em território brasileiro, ainda que de pais estrangeiros (desde que não estejam a serviço de seu país) este torna-se brasileiro nato. No critério *ius sanguini*, tem-se que brasileiros natos são aqueles que, mesmo nascidos em outro país, possuem pai ou mãe brasileira, contanto que estejam a serviço da República Federativa do Brasil, ou desde que sejam registrados em repartição brasileira, ou, por fim, que optem pela nacionalidade brasileira após a maioridade e residência no Brasil.

Segundo José Afonso da Silva, consigna-se a seguinte definição de brasileiro nato:

“A Constituição reputa brasileiro nato aquele que adquire a nacionalidade brasileira pelo fator nascimento. É dizer: brasileiro nato é quem nasce na República Federativa do Brasil. Corresponde ao titular da nacionalidade brasileira primária, para cujo reconhecimento nossas constituições sempre adotaram o critério *ius solis*, com ligeiras atenuações. Mas não se disse acima que o brasileiro nato é só o que nasce no território brasileiro. O art. 12, I, da Constituição, e só ele, é que dá os critérios e pressupostos para que alguém seja considerado necessariamente, e de direito, brasileiro nato. Por ele vê que não só o *ius solis* é fonte da nacionalidade primária entre nós; há concessões ao princípio do *ius sanguinis* combinado com outros elementos”.

No que tange a nacionalidade adquirida, de acordo com o art 12, II, é aquela concedida aos brasileiros naturalizados, podendo ser requerida por apátridas e estrangeiros. Dentro dessa hipótese, verificam-se algumas possibilidades de naturalização: ordinária, extraordinária, especial e provisória.

Para Cahali:

[...] a naturalização é um ato soberano e discricionário do Poder Público, quer dizer, a autoridade que tem a qualidade para concedê-la é também soberana para recusá-la; a outorga da nacionalidade pelo Governo

representa uma decisão inteiramente discricionária; como faculdade que é, poderá deixar de ser utilizada mesmo que o naturalizando preencha todas as condições estatuídas em Lei; o Estado é senhor 81 exclusivo da conveniência de concedê-la, não estando o Poder Público obrigado a revelar os motivos que ditaram o ato de recusa. (CAHALI, 1983).

A naturalização, destarte possuir previsão dada pela Constituição Federal, é dotada de diversas particularidades, levando a Carta Magna a remeter à legislação específica sobre o assunto, o Estatuto do Estrangeiro.

O Estatuto do Estrangeiro enfatiza que a concessão da naturalização é uma prerrogativa exclusiva do Poder Executivo. No Brasil, a concessão da naturalização, nos casos previstos na Constituição, é uma decisão discricionária reservada ao Poder Executivo e é realizada por meio de uma portaria interna pelo Ministro da Justiça, sendo um ato sujeito à discricionariedade, que deve obedecer a requisitos legais específicos e dependendo de certas considerações relacionadas ao interesse nacional.

Cumpre destacar que a Carta Magna também dispõe de facilitadores para a naturalização de indivíduos de países lusófonos, sendo estes dispensados da observância dos requisitos constantes do Estatuto do Estrangeiro, nos termos do art.12, II, a e b da CF.

Verifica-se, portanto, que a nacionalidade se trata de um direito fundamental provisionado pela Constituição Federal, sendo imprescindível para que um indivíduo possa estar inserido no ordenamento jurídico de um Estado e conseqüentemente ter acesso a todos os demais direitos essenciais à dignidade da pessoa humana. Em suma, pode-se constatar que não há previsão da dignidade humana em um Estado onde não há a garantia da nacionalidade aos indivíduos, podendo ser observado que o Brasil detém em sua legislação, uma ampla proteção a nacionalidade, podendo ser utilizado como referência para demais nações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se propôs a elucidar e relacionar a nacionalidade como um direito humano primordial, sendo que, a ausência deste direito leva os indivíduos a condição de apátrida, forçando-os a viver em um limbo social e jurídico, marginalizados diante da ausência de direitos fundamentais. Buscou-se delimitar conceitos essenciais trazendo um breve histórico

do tema, além das legislações em âmbito internacional e nacional, com enfoque na Constituição Federal.

Neste sentido, é relevante considerar que, embora haja normas universais relacionadas aos apátridas, cada país adota essas normas de maneira diferente, influenciado diretamente por suas características políticas, econômicas e demográficas, o que torna desafiador fazer com que os critérios de concessão de nacionalidade sejam uniformizados. No entanto, foi possível identificar abordagens legais alinhadas aos princípios definidos pelas Convenções e Tratados internacionais, contribuindo para implementar esses princípios na esfera jurídica de diferentes países.

Quando houve a consagração dos Direitos Humanos como leis internacionais, verificou-se um aumento na iniciativa e ação internacional em relação à apatridia. Organizações como a ONU, por meio da ACNUR, e outras entidades da sociedade civil têm trabalhado em campanhas para conscientizar sobre a questão da apatridia e principalmente incentivar os Estados a aderirem às Convenções de proteção aos apátridas e à prevenção e redução da apatridia, sendo esta, em termos gerais, uma das medidas mais relevantes para o caso, visto que ainda existem países que utilizam critérios excludentes e discriminatórios para a concessão da nacionalidade. Contudo, considerando o princípio da soberania estatal, as normas internacionais e organizações não possuem poder coercitivo a fim de fazer com que os Estados adotem medidas visando a solução da apatridia, visto que a prerrogativa de conceder nacionalidade é inerente aos Estados.

É possível observar, diante dos conceitos expostos, que o fato de um Estado retirar ou não conceder a nacionalidade a um indivíduo trata-se de uma expressa violação a um direito humano.

Deste modo, vê-se a urgência pela busca de uma solução conjunta entre os Estados e as Organizações Internacionais para este fim, sendo pertinente a adesão de mais Nações às Convenções de 54 e 61, que ainda é pequena, além de se estabelecer uma obrigação baseada na ética e moral por parte dos Estados, visando a criação de dispositivos dentro de sua própria legislação, que visam facilitar a concessão da nacionalidade às pessoas apátridas, utilizando-se de critérios razoáveis e não discriminatórios, a exemplo da prática já adotada pelo Brasil.

Por fim, observou-se que garantir o direito fundamental à nacionalidade é assegurar

que nenhum indivíduo seja privado do direito a ter direitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALTO COMISSARIADO DA ONU PARA REFUGIADOS. **Prevenção e Redução da Apatridia: A Convenção de 1961 sobre a Redução da Apatridia**, março de 2014, disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4cad866e2.html>. Acesso em 26 de julho de 2023.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **50º aniversario de la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatridia**, 2011. Disponível em: <https://www.acnur.org/noticias/briefing-notes/50o-aniversario-de-la-convencion-de-1961-para-reducir-los-casos-de>. Acesso em 26/07/2023.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Nacionalidade e Apatridia: Manual para Parlamentares**. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Manual-para-parlamentares-N%C2%BA22_Nacionalidade-e-Apatridia.pdf, último acesso em 07/08/2023.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Plano de ação global para acabar com a apatridia: 2014-2024**, disponível em: <http://ibelong.unhcr.org/cms-eb/upl/entities/story/FINAL%20Global%20Action%20Plan%20-%20PDF%20Version.pdf>. Acesso em 26/07/2023.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Relatório Anual 2022**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2022/09/CSVM-Relato%CC%81rio-Anual-2022.pdf>, último acesso em 20/07/2023.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Relatório especial: Acabando com a apatridia em 10 anos**", disponível em: <https://www.unhcr.org/media/special-report-ending-statelessness-within-10-years>. Acesso em 26/07/2023.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo. Antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BAILEY, Peter. **The creation of the universal declaration of human rights**. Disponível em: <http://www.universalrights.net/main/creation.htm#top> último acesso em 08/08/2023.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: Entre avanços e retrocessos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, 2017 p. 236-252.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Revista Extensão - 2022 - v.6, n.1 27 Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 4.246**, de 22 de maio de 2002. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 2002.

BRASIL. **Decreto nº 50.215**, de 28 de janeiro de 1961. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 1961.

BRASIL. **Decreto nº 8.501**, de 18 de agosto de 2015. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.445**, de 24 de maio de 2017. Lei de Migração. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Estatuto do Estrangeiro. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 1980.

BRASIL. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997. Diário Oficial da União, Brasília - DF, 1997.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do estrangeiro**. São Paulo: Saraiva, 1983.

EUROPEAN NETWORK ON STATELESSNESS. **Impact Report 2019-20**. Disponível em: <https://www.statelessness.eu/about/impact-report-2019-20>. Acesso em 07/08/2023.

EUROPEAN NETWORK ON STATELESSNESS. **Stateless Journey. The Campaign**. Disponível em: <https://statelessjourneys.org/the-campaign/>. Acesso em 07/08/2023.

FONTES, André R. C. **Nacionalidade brasileira e adoção internacional**. Disponível em: <https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/revistaemarfv15.pdf>. Acesso em: 08/08/2023.

Instituto de Apatridia e Inclusão. **Sobre nós**. 2021. Disponível em: <https://www.institutesi.org/about-us>. Acesso em 08/08/2023.

LITZ, Brad K.; LYNCH, Maureen. **Statelessness and the Benefits of Citizenship: A Comparative Study**. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights and the International Observatory on Statelessness, Oxford Brookes University, UK, 2019. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.737.2660&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 26/07/2023.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público** – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público** – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU, 1948**. Disponível em: <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Alto-comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)**. Campanha #IBelong. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/campanhas-e-advocacy/ibelong/>. Acesso em: 18/07/2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção relativa ao estatuto dos refugiados (1951)**. Convenção de Genebra. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 18/07/2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção sobre a Redução da Apatridia (1961)**. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf. Acesso em: 18/07/2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção Sobre o Estatuto dos Apátridas**

(1954). Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18/07/2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18/07/2023

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 14. ed., rev., aumen. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 218.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Atualizadores: Nagib Salaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª edição. São Paulo. Editora Malheiros.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Good Practices Paper – Action 9: Acceding to the UN Statelessness Conventions*, 28 April 2015, available at: <https://www.refworld.org/docid/553f617f4.html>. Acesso em 08/08/2023.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR Fact Sheet: The 1961 Convention on the Reduction of Statelessness*, 25 de agosto de 2021, disponível em: <https://www.refworld.org/docid/612608084.html>. Acesso em 25/07/2023.

WEISSBRODT, D.; COLLINS, C. **"The Human Rights of Stateless Persons"**, Human Rights Quarterly Journal, 28, 2006. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20072730>. Acesso em: 06/08/2023.

A TEORIA CONSTITUCIONAL DE CARL SCHMITT E SUA RELAÇÃO DE APOIO JURÍDICO AO NAZISMO

Caroline Machado¹

Fernanda Kuroski²

RESUMO

O presente estudo abordará a vida e a obra de Carl Schmitt, destacando sua teoria jurídica, sua relação com o regime nazista e o impacto de suas ideias no processo de desnazificação do direito alemão. Schmitt foi um pensador controverso do século XX, cuja reflexão jurídica se entrelaçava com suas ideias políticas e o contexto histórico de sua época. Sua teoria do decisionismo estabelecia uma correlação direta entre Direito e Soberania, questionando o normativismo formal e o liberalismo. Apesar de criticado por sua afiliação ao partido nazista em 1933, sua obra jurídica é considerada profunda e coerente, merecendo estudo científico independente de ideologias. Durante a República de Weimar, Schmitt temia a crise e a fragmentação do Estado alemão e defendia poderes excepcionais ao Presidente do Reich. A ascensão dos nazistas ao poder o surpreendeu, mas ele tentou concretizar sua teoria constitucional do "Estado Total", que acabou por influenciar a nazificação do direito. O uso de cláusulas gerais e conceitos vagos permitiu a interpretação das normas de acordo com a visão de mundo nazista. Schmitt defendia que os juízes deveriam preencher o conteúdo das cláusulas de acordo com a visão do Führer, alinhando a atuação dos tribunais aos interesses do povo alemão. A relação de Schmitt com o regime nazista foi ambígua, oscilando entre momentos de apoio e de desconfiança em relação a Hitler. O trabalho destaca a importância da contextualização histórica para compreender as reflexões de Schmitt e o impacto de suas ideias na aplicação do direito durante o período nazista. A pesquisa busca oferecer uma análise crítica e independente, visando aprofundar o entendimento do pensador e seu legado, que ainda ecoam nos debates contemporâneos sobre direito e política.

Palavras-chave: Teoria do direito; Nazismo; Decisionismo; Carl Schmitt; Constituição.

¹ Mestranda no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direitos Humanos, Responsabilidade Social e Cidadania Global pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí.

² Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (CAPES 6). Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (CAPES 6). Mestra em Território, Urbanismo e Sustentabilidade no marco da economia circular pela Universidade de Alicante, Espanha. Pós-graduada em Direito Civil pela Universidade Anhangüera-Uniderp (2013). Pós-graduada em Direito Público pelo Curso de Preparação à Magistratura Estadual Catarinense (2011). Graduada em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (2008). Técnica judiciária auxiliar - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito processual civil.

INTRODUÇÃO

A obra de Carl Schmitt, figura proeminente do pensamento jurídico e político do século XX, é marcada por uma profunda controvérsia e polarização de opiniões. Sua teoria jurídica, intrinsecamente entrelaçada com suas ideias políticas e o contexto histórico de sua época, tem sido objeto de análises críticas e acalorados debates acadêmicos. Enquanto sua reflexão sobre o direito é considerada profunda e coerente por alguns estudiosos, sua afiliação ao partido nazista em 1933 é motivo de severas críticas e questionamentos sobre sua independência intelectual.

Ao longo desta pesquisa, examinaremos detalhadamente a vida de Carl Schmitt, suas influências e sua trajetória intelectual. Analisaremos sua teoria jurídica, com enfoque especial na concepção decisionista, que busca correlacionar de forma direta os conceitos de Direito e Soberania. Exploraremos o contexto político da Alemanha durante a República de Weimar, período em que Schmitt desenvolveu grande parte de suas obras, e as tensões que culminaram na ascensão do nazismo ao poder.

No decorrer do trabalho, mergulharemos em sua relação com o regime nazista, investigando suas motivações e posturas em meio a um cenário de oportunismo político e ambiguidade ideológica. Abordaremos a controvérsia em torno de seu apoio ao Estado totalitário, os textos que escreveu em defesa do nazismo e as complexidades de suas posições políticas.

Além disso, aprofundaremos a análise da teoria constitucional de Carl Schmitt e sua relação com o processo de nazificação do direito alemão. Examinaremos como suas ideias influenciaram a interpretação e a aplicação das normas jurídicas durante o regime nazista, especialmente por meio do uso de cláusulas gerais e conceitos vagos que permitiram a incorporação da ideologia nazista nas decisões judiciais.

A pesquisa se justifica na necessidade de se fazer uma abordagem crítica e independente, contextualizando as reflexões de Carl Schmitt no panorama histórico e político da época. Enquanto alguns o consideram um pensador brilhante cujas ideias merecem ser estudadas de forma científica, outros o veem como um oportunista político que contribuiu para a fundamentação ideológica de um regime totalitário.

Ao explorar as ideias e a trajetória de Carl Schmitt, este trabalho visa lançar luz sobre um dos pensadores mais controversos do século XX e estimular uma análise mais profunda e ponderada de suas contribuições para o campo jurídico e político. Somente por meio de uma

análise crítica e fundamentada poderemos compreender plenamente o legado e as complexidades desse pensador que ainda ecoam em nosso tempo.

1. DA VIDA DE CARL SCHMITT

Carl Schmitt é indubitavelmente um dos pensadores mais controversos do século XX. Sua obra jurídica frequentemente se entrelaça com suas ideias políticas e os eventos de sua época. Apesar das críticas recebidas devido à sua afiliação ao partido nazista em 1930, sua reflexão jurídica é profunda e coerente, constituindo uma vasta obra que merece ser estudada de forma científica e independente de ideologias.

Em sua obra, encontramos textos científicos sobre a teoria do Direito, alguns dos quais contêm discursos ideológico-panfletários. Esse paradoxo pessoal gerou conflito entre sua independência intelectual e o oportunismo político, resultando inclusive em ameaças de morte pelo regime nazista, devido ao seu passado em que manteve contato com judeus, como seu amigo Dr. Fritz Eisler, a quem dedicou a obra "Teoria da Constituição" e que faleceu em 1914. Seu pensamento acabou incomodando o próprio regime nazista, apesar de ter modificado seu discurso para favorecê-lo, apresentando conteúdo antissemita em alguns textos.

O cerne de sua teoria está fundamentado no pensamento jurídico decisionista. Schmitt debateu não apenas o normativismo formal representado por Kelsen, mas também o liberalismo e o regime parlamentarista. Ao contrário de Kelsen, ele estabelece uma correlação direta entre os conceitos de Direito e Soberania, não os separando completamente.

A formação religiosa católica de seus pais teve uma forte influência em sua trajetória intelectual. A situação política da Alemanha após a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Bolchevique, os levantes comunistas alemães e os efeitos do Tratado de Versalhes para o país marcaram profundamente sua geração. A República de Weimar, instaurada em 1919, e o início do parlamentarismo em substituição a um regime autoritário foram temas de grande preocupação em sua reflexão intelectual.

Schmitt temia profundamente uma crise e fragmentação do Estado alemão, que estava marcado por uma forte divisão de partidos no Parlamento. Ele via o debate livre, que chamava de "romantismo político", como incapaz de chegar a decisões efetivas. Por isso, abraçou uma posição conservadora, defendendo a garantia de poderes excepcionais ao Presidente do Reich.

Ronaldo Porto Macedo Jr (2001) aponta que, assim como outros intelectuais alemães, Schmitt subestimou o poder dos nazistas em 1930 e não confiava em Adolf Hitler, acreditando que ele não teria capacidade para realizar as reformas necessárias e evitar a crise que assolava o país, prejudicado por um parlamento pluralista. Mesmo após a ascensão dos nazistas ao poder, Schmitt ainda acreditava que suas ideias conservadoras e tradicionais poderiam conter os perigos da ditadura anunciada pelo novo Führer.

Em 1º de maio de 1933, após o partido nazista expurgar das universidades alemãs professores socialistas, judeus, liberais e antinazistas, Schmitt filia-se ao partido nacional-socialista. Nesse período, escreveu muitos textos sobre o Estado totalitário, incluindo observações antissemitas em suas obras. No entanto, é importante notar que, mesmo escrevendo em apoio ao nazismo, ele constantemente precisava provar sua adesão ideológica aos nazistas, sendo considerado pelos próprios como um "oportunista".

Seu oportunismo chegou a um ponto em que suas posições não eram aceitas como autênticas tanto pelos nazistas quanto pelos antinazistas. Ele enfrentava uma situação difícil tanto internamente quanto externamente. A partir de 1936, Schmitt manteve-se em silêncio até o final da Segunda Guerra. Após esse período, retomou suas atividades de escrita.

Neste trabalho, focaremos nas obras de Schmitt produzidas durante a República de Weimar, no período entre as guerras. Há quem argumente que seu real intuito em apoiar o regime nazista era tentar concretizar sua teoria constitucional do "Estado Total", não o Estado ditatorial instaurado da forma como ocorreu. Para analisar sua teoria decisionista em contraposição ao normativismo formal de Kelsen, é imprescindível contextualizá-la em sua época, uma vez que suas reflexões foram influenciadas pelos eventos históricos que o cercaram.

2. CARL SCHMITT E O DIREITO

A obra de Ronaldo Porto Macedo Jr (2001), já citada anteriormente, é originalmente uma dissertação de mestrado defendida na USP, no Departamento de Filosofia. Seu foco aborda uma trilha pouco explorada na compreensão do pensamento de Carl Schmitt, que é a sua teoria jurídica. Geralmente, Schmitt é conhecido por seu pensamento político ou é considerado pelos seus estudos em direito constitucional. No entanto, a teoria geral do direito, que é um campo

intermediário entre a filosofia política e a técnica jurídica específica, é o tema explorado pela obra de Porto Macedo Jr (2001).

A análise da teoria jurídica de Schmitt destaca algumas perspectivas, sendo a principal delas o decisionismo. A abordagem de Schmitt sobre o decisionismo é vinculada a uma tradição que remonta desde Hobbes até Donoso Cortés. No âmbito especificamente jurídico, suas primeiras obras situam o fenômeno jurídico não na norma e seus comandos imperativos, mas sim na decisão, atribuindo à sentença uma importância muito mais relevante para o direito do que a legislação. No contexto político, o decisionismo revela o realismo na organização política europeia, que conheceu momentos de neutralização burguesa no século XIX, mas viu surgir, no século XX, pensamentos não liberais por meio do nazismo, do fascismo e da União Soviética.

O decisionismo de Schmitt varia desde momentos de completa desvinculação de preceitos éticos até extremos de conservadorismo religioso de fundo católico. Em sua fase inicial de pensamento (dos anos 1920), ele não encontra um fundamento metafísico, teológico ou baseado numa moral humanitária para suas decisões. Nesse sentido, sua posição se aproxima do relativismo moral de inspiração nietzschiana ou mesmo do ceticismo moral no molde hobbesiano.

Posteriormente, Schmitt admite que as instituições sociais atuam como um "fundamento" ou parâmetro para as decisões morais, explicitando assim os fundamentos cristãos e conservadores de seu pensamento. No entanto, a sociedade como ponto de referência para a decisão moral não atende a todos os requisitos de um fundamento metafísico imutável, permanecendo como uma referência mutável e sujeita a reavaliações constantes.

Para Schmitt, assim como para Hobbes, a autoridade que decide e cria direito não tem um fundamento metafísico claro e transparente. "Auctoritas non veritas, facit legem" - a autoridade, não a verdade, faz a lei. Essa falta de fundamento claro e absoluto para a autoridade é uma característica do decisionismo schmittiano no âmbito moral e jurídico.

Além da perspectiva do decisionismo, outras questões estão intrinsecamente ligadas a ela, como soberania e exceção. A famosa frase de Schmitt, de que "soberano é quem decide sobre o Estado de exceção", não pode ser simplesmente entendida como um elogio à ditadura ou à exceção em si. Segundo Porto Macedo Jr (2001), Schmitt tece uma rede na qual esses conceitos se referem necessariamente um ao outro. Essas conexões tornam Schmitt um pensador extremamente complexo e refinado do direito e da política, tratando simultaneamente

da exceção dentro das instituições e das instituições dentro da exceção. A definição clara e precisa dos limites do estado de exceção é uma tarefa difícil para Schmitt, mesmo que uma Constituição preveja a competência do governante durante esse período. O soberano decide tanto sobre a ordem que subsiste no caso extremo de emergência quanto sobre as ações que devem ser tomadas para superar o caos e restaurar a normalidade. Ele está fora do ordenamento jurídico vigente, mas, ao mesmo tempo, pertence a ele, pois cabe a ele a competência para decidir se a Constituição como um todo pode ser suspensa.

Todas as polêmicas de Schmitt sobre exceção e normalidade somam-se às questões de sua trajetória pessoal, analisadas na parte inicial da obra de Porto Macedo Jr. Assim, o epíteto de "jurista do nazismo" revela-se insuficiente para encerrar todos os debates controversos sobre Schmitt.

3. A TEORIA CONSTITUCIONAL DE CARL SCHMITT E SUA RELAÇÃO DE APOIO JURÍDICO AO NAZISMO

No famoso artigo "Nacional-socialismo e Estado de direito" de 1934, o renomado publicista alemão Carl Schmitt conclama abertamente que todas as cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados devem ser interpretados irrestritamente em sentido nacional-socialista. Essas cláusulas gerais, vistas como "pontos de entrada", passaram a ser celebradas como mecanismos para inundar o antigo pensamento jurídico com as ideias do novo regime (LANGE, 1933).

No contexto do nazifascismo, as cláusulas gerais mais importantes do Código Civil alemão, como a boa-fé objetiva do §242 e o dispositivo do §138, I, referente aos bons costumes, foram associadas ao "sadio sentimento popular" e à "comunidade étnica", preenchendo-se o seu conteúdo com a visão de mundo racista e autoritária do nazismo. A doutrina nazista enfatizava a origem germânica dessas cláusulas, destacando seu suposto valor genuinamente alemão (LARENZ, 1936).

A nova compreensão doutrinária das cláusulas gerais, que surgiu nos anos 1933-1945, penetrou fortemente na jurisprudência, tornando-as mecanismos para a nazificação do direito alemão, sem necessidade de alterações legislativas (SCHMITT, 1934). Heinrich Lange, outro jurista

associado ao nazismo, defendia que essas cláusulas permitiriam inserir os "ovos de cuco" nazistas no direito alemão, ou seja, adaptar as leis existentes aos princípios do regime nazista (SCHMITT, 1934).

Diversos ramos do direito, como o penal e o tributário, sofreram mudanças significativas com a introdução de princípios e conceitos abertos, suscetíveis a interpretações alinhadas com as concepções nazistas. Os princípios genéricos permitiam interpretar as normas de acordo com a realidade das ordens concretas, impregnadas pelas ideias do nacional-socialismo (SCHMITT, 1934).

No "novo Direito Público e Direito Administrativo", foram incorporados princípios como o da liderança, juntamente com conceitos como fidelidade, obediência, disciplina e honra, que só poderiam ser compreendidos no contexto de uma ordem e uma comunidade concretas, de acordo com a perspectiva nazista (SCHMITT, 1934). Essas mudanças na interpretação e aplicação do direito tornaram os juízes e tribunais essenciais para a efetivação da nazificação jurídica. A doutrina nazista enfatizava o papel dos juízes em preencher o conteúdo das cláusulas gerais de acordo com a visão de mundo do Führer, alinhando assim a atuação dos tribunais com os interesses do povo alemão (STOLLEIS, 2007).

O processo de nazificação do direito alemão durante o regime nazista evidencia a importância das cláusulas gerais como instrumentos para a reinterpretação do ordenamento jurídico à luz do nacional-socialismo. A análise crítica desse período e das ideias de Carl Schmitt nos permite compreender o impacto profundo de suas reflexões jurídicas e políticas, bem como as consequências para o sistema jurídico alemão sob o domínio do nazismo.

O legislador do regime nacional-socialista também realizou modificações na legislação trabalhista para romper com uma perspectiva baseada em direitos privados e individualistas no âmbito do direito do trabalho. A própria terminologia adotada reflete essa mudança: em vez de mencionar um "contrato coletivo de trabalho", a lei passou a se referir ao "ordenamento salarial"; em vez de fazer menção a empregadores e empregados, agora se fazia referência aos "líderes e seguidores" da empresa, trabalhando conjuntamente para promover os objetivos da empresa e o bem-estar comum do povo e do Estado (SCHMITT, 1934).

Outros exemplos de cláusulas gerais também foram identificados no campo do direito civil. De acordo com as reflexões de Curran a respeito do trabalho de Bernd Rüthers, algumas

cláusulas contratuais foram empregadas para privar os judeus de seus direitos, com base na suposta violação dos "bons costumes" ou da "boa-fé", simplesmente por serem de origem judaica (CURRAN, 2001-2002).

Através da associação de conceitos amplos e vagos à realidade concreta do povo e do Estado alemão, Schmitt proporcionou uma brecha para a infiltração da ideologia nazista na interpretação das normas, tanto as preexistentes quanto as recém-criadas. A "nazificação" do direito principalmente ocorria no momento da aplicação das leis, onde a situação específica era levada em consideração para determinar a interpretação das normas. Nesse contexto, o papel dos juízes e tribunais era crucial, não se limitando a uma mera aplicação mecânica das leis. Ao contrário, essas instituições judiciais deveriam moldar o conteúdo das cláusulas e princípios de acordo com a perspectiva nazista (STOLLEIS, 2007).

Essa abordagem é evidenciada pela maneira como Schmitt se referiu ao Führer como o "juiz supremo", justificando a legalidade da ação de Hitler que resultou na eliminação e execução de diversos membros do partido nazista, evento conhecido como a "Noite das Facas Longas". No texto intitulado "O Führer Protege o Direito", Schmitt legitima essa ação como um "exercício legítimo da judicatura", que estava além do escrutínio da justiça, uma vez que Hitler era a autoridade judiciária máxima.

O emprego de cláusulas gerais e princípios facilitou a assimilação da visão nacional-socialista para alinhar a atuação dos tribunais com a vontade do Führer, considerado o intérprete último e a personificação dos "interesses do povo alemão" e do "espírito nacional" (KAUFMANN, 1988). Sob essa perspectiva, Schmitt endossou a afirmação do secretário de Estado, "Dr." Freisler, de que a consolidação do direito nazista não requeria uma reforma do sistema judicial, mas sim uma reformulação dos profissionais do direito. Conforme salientado por Michel Stolleis, "a distorção da intenção legislativa original por juízes ideologicamente orientados tornou-se mais significativa no cotidiano da prática jurídica do nacional-socialismo do que a injustiça diretamente prescrita pelo legislador" (STOLLEIS, 2007). No âmbito da interpretação e aplicação do direito alemão, Schmitt argumentava que os juízes deveriam demonstrar aderência ao princípio da identidade étnica, que sustentava os dogmas nazistas de superioridade racial (SCHMITT, 1933).

De maneira mais abrangente, no que diz respeito à formação das carreiras jurídicas de

acordo com a ideologia nacional-socialista, Karl Loewenstein destaca em um escrito de 1936 sobre o direito no Terceiro Reich que a formação de jovens juristas foi centralizada e padronizada. A admissão aos serviços judiciais não era concedida a nenhum candidato sem que eles passassem por um curso específico de educação em um "campo de treinamento", abrangendo não apenas matérias jurídicas, mas também os princípios do Nacional Socialismo. Antes da admissão, uma minuciosa investigação era realizada para assegurar a lealdade e submissão adequadas (LOEWENSTEIN, 1936).

Portanto, as cláusulas gerais proporcionavam uma abertura para determinar o conteúdo das normas concretas de maneira decididamente interpretativa, alinhada com os preceitos do nacional-socialismo. Para Schmitt, essa abertura no campo da aplicação do direito permitia a elaboração de respostas específicas para situações concretas. Ao mesmo tempo, como enfatizado por Ingeborg Maus, termos como "boa-fé" ou "bons costumes" já não se referiam à estrutura jurídica individual burguesa, mas eram reinterpretados dentro da nova ordem nazista (MAUS, 1997).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise mais detalhada da obra de Carl Schmitt revela um pensamento jurídico profundamente controverso, especialmente por sua associação com o regime nazista. A relação entre suas ideias políticas e jurídicas é inegável, e o contexto histórico em que viveu desempenhou um papel crucial em suas reflexões.

Uma das principais questões que suscitam críticas é o oportunismo político de Schmitt. Ele se filiou ao partido nazista em 1933, mas sua adesão ideológica não era plenamente aceita pelos nazistas, que o viam como um "oportunista" e duvidavam de sua lealdade. Essa ambiguidade em sua posição política é notável e coloca em questão sua independência intelectual. Seu passado em que manteve amizades com judeus, como o Dr. Fritz Eisler, a quem dedicou uma de suas obras, levanta questionamentos sobre suas motivações e posturas em relação ao regime nazista.

A teoria decisionista de Schmitt também é objeto de críticas. Seu entendimento de que a autoridade, e não a verdade, faz a lei levanta preocupações sobre a legitimidade e a justiça das

decisões jurídicas. Sua visão de soberania e exceção, especialmente sua famosa frase de que "soberano é quem decide sobre o Estado de exceção", pode ser interpretada como uma justificação para o autoritarismo e o totalitarismo. Essa falta de fundamentos claros e transparentes para a autoridade decisória abre espaço para a arbitrariedade e a manipulação política do direito.

A relação de Schmitt com o nazismo é complexa. Ele pode ter acreditado inicialmente que suas ideias conservadoras e tradicionais poderiam conter os perigos da ditadura nazista, mas, ao se filiar ao partido em 1933, acabou escrevendo textos em apoio ao Estado totalitário. Embora suas obras tenham sido consideradas relevantes para a fundamentação ideológica do regime, a inconstância de suas posições gerou desconfiança tanto dos nazistas quanto dos antinazistas.

A interpretação da teoria jurídica de Schmitt à luz do nazismo levanta preocupações sobre como cláusulas gerais e conceitos vagos podem ser instrumentalizados para promover uma ideologia totalitária. A incorporação de princípios e conceitos abertos no direito alemão permitiu a reinterpretação das leis de acordo com os preceitos do nacional-socialismo, o que facilitou a nazificação do direito sem a necessidade de mudanças legislativas radicais. Essa abordagem coloca em evidência o papel dos juízes e tribunais na interpretação e aplicação do direito, destacando a relevância de seus valores e visões de mundo no processo.

É importante destacar que a análise da obra de Schmitt deve ser feita com cuidado e crítica. Seu pensamento jurídico é complexo e sofisticado, mas também carrega a sombra do oportunismo político e do apoio ao regime nazista. O uso de sua teoria jurídica pelo nazismo suscita questões éticas e morais sobre a instrumentalização do direito em prol de uma ideologia totalitária e discriminatória.

Embora a obra de Bernd Rüthers, "Interpretação Ilimitada", tenha sido pioneira em destacar a importância da reinterpretação do direito existente à luz do nacional-socialismo para a nazificação da ordem jurídica alemã, também é fundamental analisar criticamente a participação de Schmitt nesse processo. O estudo de sua trajetória pessoal, suas motivações e as consequências de suas ideias no contexto histórico são fundamentais para uma compreensão completa de seu legado no campo jurídico e político.

Em síntese, a análise crítica e detalhada da obra de Carl Schmitt revela um pensamento

jurídico marcado por contradições e controvérsias. Sua associação com o regime nazista, sua teoria decisionista e a instrumentalização de cláusulas gerais para a nazificação do direito alemão levantam questões éticas e morais que devem ser cuidadosamente consideradas. É importante estudar suas obras de forma contextualizada e independente de ideologias, para compreender o papel dessempensador controverso no cenário jurídico e político do século XX.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

CURRAN, Vivian Grosswald. Fear of Formalism: Indications from the Fascist Period in France and Germany of Judicial Methodology's Impact on Substantive Law.

Cornell International Law Journal, Vol. 35, (Nov. 2001-Feb. 2002), pp. 101-187.

KAUFMANN, Arthur. National Socialism and German Jurisprudence from 1933 to 1945. *Cardozo Law Review*, Vol. 9:1629, 1988, pp. 1629-1649.

HUBERNAGEL, Gerhard. Nationalsozialistische Rechtsauffassung und Generalklauseln. In: FRANK, Hans (Org.). *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*. München: Franz-Eher-Verlag, 1935, p. 971.

LANGE, Heinrich. Generalklauseln und neues Recht. *Juristische Wochenschrift*. JW, v. 62, 1933, p. 2858.

LARENZ, Karl. *Vertrag und Unrecht*. Band. I. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1936, p. 109.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ROQUES, Christian. *Interprétation de la loi et perversion du droit*, Astérion [Enligne], 4 | 2006, mis en ligne le 24 avril 2006, consulté le 15 janvier 2016.

RADBRUCH, Gustav. Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law. (1946). *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006), pp. 1-11.

SCHMITT, Carl. Sobre el parlamentarismo. (Tradução espanhola de Die geschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

SCHMITT, Carl. *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*. *Juristische Wochenschrift*. JW, v. 63, 1934.

SIEBERT, Wolfgang. Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung: ein rechtsvergleichender Beitrag zur Lehre von den Schranken der privaten Rechte und zur exceptio doli (§§ 226, 242, 826 BGB.), unter besonderer Berücksichtigung des gewerblichen Rechtsschutzes (§ 1 UWG.) Marburg i. Hessen: Elwert, 1934, p. 154.

RADBRUCH, Gustav. "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law" (1946). *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006), pp. 1-11.

A TERCEIRA ONDA DE AUTOCRATIZAÇÃO E A (IN)EFICÁCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESTATAIS NA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DA POPULAÇÃO TRANS

Brunno Silva dos Santos¹

Thais de Castilho Matos²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar os conceitos acerca da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial, bem como a volatilidade e influência dos índices democráticos nacionais na garantia destes direitos fundamentais aplicados à população LGBTQIAPN+, especialmente no que se refere à garantia do direito fundamental ao trabalho da população transexual. A grande problemática e necessidade do presente estudo se dá em razão da progressiva regressão dos níveis democráticos em uma escala não só nacional, mas mundial, que pode apontar para a iminência de uma nova onda de autocratização, afetando diretamente a garantia de direitos fundamentais de toda a população, mas, principalmente, da população LGBTQIAPN+. Como hipótese de pesquisa, entende-se que a iminência de uma autocratização e a regressão nos índices democráticos pode ameaçar a garantia dos direitos fundamentais que compõem o mínimo existencial da população LGBTQIAPN+, inclusive os direitos à vida, saúde e integridade física, quanto mais o direito fundamental social ao trabalho que é tolhido de grande parte da população travesti/transexual em razão da falta de incentivo governamental e políticas públicas de acesso ao trabalho a estas pessoas. Feitos os estudos destes conceitos, buscar-se-á verificar quais são os principais desafios que esta parcela da população enfrenta no mercado de trabalho, bem como se existem dados acerca de programas sociais, incentivos sociais e políticas públicas que buscam assegurar o direito fundamental ao trabalho à população travesti/transexual, partindo da análise acerca da responsabilidade governamental estabelecida pela legislação constitucional do Brasil na garantia de tal direito a todos os cidadãos, especialmente àqueles que estão em situação de desigualdade.

Palavras-Chave: Democracia; Dignidade da pessoa humana; Mínimo Existencial; Direitos fundamentais; LGBTQIAPN+.

¹ Advogado inscrito na OAB/SC sob o nº 41.023, Sócio-Proprietário do escritório Brunno Silva dos Santos Advocacia e Assessoria Jurídica. Secretário da Comissão de Direito Homoafetivo e Gênero da OAB/SC Subseção Itajaí. Membro da Comissão de Direito Homoafetivo e de Gênero da Seccional da OAB/SC. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014). Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2020). Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (2025). E-mail: brunnos@edu.univali.br Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8495640565137409>

² Advogada inscrita na OAB/SC sob nº 63.560. Vice-presidente da Comissão de Direito Homoafetivo e de Gênero e membro da Comissão de Direito Constitucional, ambas da subseção de Itajaí/SC, além de membro da Comissão de Direito Homoafetivo e de Gênero da Seccional do estado de Santa Catarina. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário UniCathedral (2020). E-mail: thaisdecastilhomatos.adv@gmail.com. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3812119651464234>

INTRODUÇÃO

Todos os seres humanos merecem igual respeito, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais entre eles, pois são, “os únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza” (COMPARATO, 2005, p. 01), de modo que nenhum indivíduo pode se considerar superior aos demais, independentemente de seu gênero, etnia, classe social, grupo religioso, ou nação.

Desta forma, entende-se que todos são iguais em dignidade, pois são seres humanos, e esta dignidade é intrínseca à qualidade de ser humano. Contudo, a realidade é que uma baixa parcela da população possui este discernimento, uma vez que a propagação de estigmas, preconceitos, exclusões e desigualdades acompanham a história humana desde seus primórdios.

A luta pela garantia dos direitos fundamentais sociais reverbera, há muito, na história do Brasil, ganhando destaque principalmente após o final da ditadura e início da redemocratização brasileira com a Constituição de 1988, por meio da qual se buscou assegurar um rol de direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer cidadão.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, através do artigo 1º, os fundamentos da República Federativa do Brasil, constando no inciso III a dignidade da pessoa humana, consistente na responsabilidade do Estado de assegurar as condições mínimas necessárias para a sobrevivência dos cidadãos.

Ou seja, a norma constitucional nacional, logo após o período obscuro de supressão de direitos fundamentais, reconheceu a necessidade e a importância de se garantir a dignidade da pessoa humana como aspecto que fundamenta a nova fase democrática do Estado brasileiro.

Da mesma forma, o texto constitucional também assegurou, por meio de seu artigo 4º, no inciso III, a prevalência dos Direitos Humanos como um de seus princípios norteadores. O que não deixa qualquer dúvida de que é dever do Estado, por meio de seus três poderes, assegurar a plena eficácia e garantia destes direitos à totalidade da população. Dever este, instituído constitucionalmente.

Todavia, em realidade, referido dever estatal não é cumprido rigorosamente, muito em razão da grande influência da Igreja e do hiperpresidencialismo da democracia brasileira, que culminam na volatilidade da ideologia política dos representantes dos poderes Executivo e Legislativo.

Assim, sob a premissa de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e a prevalência dos Direitos Humanos é um de seus objetivos, faz-se necessário discorrer sobre a democracia nacional e a efetiva tutela da proteção dos direitos fundamentais sociais, especialmente à população LGBTQIAPN+, principalmente considerando que, conforme estudos realizados pela ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais), o Brasil é, pelo décimo quarto ano seguido, o país que mais mata pessoas trans no mundo.

Sob esta ótica, considerando esse aspecto da humanidade, este estudo visa aprimorar a visão do leitor quanto aos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ sob o contexto histórico-social do Brasil, ponderando, principalmente, a volatilidade da política nacional e o índice de democratização do Estado e suas influências na garantia dos direitos fundamentais sociais a estes indivíduos, em especial a garantia do direito social do acesso ao trabalho à população Trans.

Surge, portanto, a seguinte problemática: considerando os índices atuais de democratização do Estado brasileiro e a (in)existência de políticas públicas estatais na garantia do direito fundamental social ao trabalho da população Trans, é possível afirmar que a garantia deste direito e de outros que compõem o mínimo existencial da dignidade da pessoa humana está suscetível à variação do cenário político?

Diante da problemática apresentada acima, no início dos estudos, prevaleceu a hipótese de que o direito fundamental social da população Trans, dentre outros direitos básicos e fundamentais da comunidade LGBTQIAPN+, em geral, estão suscetíveis à inconsistência do cenário político brasileiro em razão da democracia hiperpresidencialista e da grande influência do Poder Executivo no Poder Legislativo, apontando, inclusive, não só para um difícil avanço na garantia de políticas públicas que assegurem o direito fundamental do acesso ao trabalho para a população Trans, como também para um possível retrocesso em direitos já conquistados pela comunidade LGBTQIAPN+.

Quanto aos objetivos, a pesquisa visa estudar a autocratização e as ondas de democratização e autocratização e sua influência no cenário político brasileiro, bem como estudar os conceitos de sexo, gênero, identidade de gênero, orientação sexual, construção social de gênero e machismo estrutural, abordando a temática LGBTQIAP+, além de entender quais os

principais desafios e violências vividas por esta parcela da população que estão suscetíveis às mutações dos poderes Executivo e Legislativo.

Ainda, tem o intuito de aprimorar a visão do leitor quanto aos direitos da comunidade LGBTQIAPN+ sob o contexto histórico-social do Brasil, ponderando, principalmente, a volatilidade da política nacional e o índice de democratização do Estado e suas influências na garantia dos direitos fundamentais sociais a estes indivíduos, em especial a garantia do direito social do acesso ao trabalho à população Trans.

E, por fim, busca despertar no leitor uma visão crítica com relação à temática abordada, bem como instigar uma reflexão acerca da “democracia” atual do governo brasileiro, na esperança de caminhar a um futuro com melhores representações nos Poderes Executivo e Legislativo de pessoas comprometidas com temáticas ligadas à proteção dos direitos fundamentais a todos, independentemente de raça, cor, religião, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, ou qualquer outro fator externo que não a própria condição humana.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação (PASOLD, 2018, p. 112-113) foi o Método Indutivo (PASOLD, 2018, p. 114), na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano (LEITE, 2001, p. 22-26), e, o Relatório dos Resultados expresso no presente trabalho foi composto na base lógica indutiva.

1. DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA QUEDA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA

Necessário iniciar os estudos conceituando o que é dignidade da pessoa humana, destacando-se o conceito de Sarlet (2012, 49-51), que entende que a dignidade da pessoa humana se refere a uma qualidade intrínseca à pessoa humana, sendo assim irrenunciável e inalienável, ou seja, um elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, devendo esta ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, e não podendo ser criada, concedida ou retirada, pois é inerente ao ser humano.

O autor também traz o conceito de dignidade da pessoa humana como uma prestação imposta ao Estado, no sentido de que este tem o dever de preservar a dignidade já existente, bem como promovê-la, criando condições para seu pleno exercício e fruição (SARLET, 2012, 58-

59).

Junto à conceituação de dignidade da pessoa humana, muitos doutrinadores apontam que os direitos fundamentais mais basilares e que devem ser estendidos a todo e qualquer cidadão se denominam de “mínimo existencial”, sendo este o mínimo indispensável para uma existência digna, ou, ainda, um mínimo fisiológico que compreende as condições materiais mínimas para que o cidadão tenha uma vida digna e, inclusive, seja a ele assegurado um mínimo de inserção na vida social, de forma igualitária.

Sob esta ótica, Piovezan (2010) traz conceitos acerca do que chamaremos de “mínimo existencial”, que constitui os direitos mais basilares e necessários a uma vida digna. Neste ponto, a autora afirma que qualquer afronta ao chamado “mínimo ético irreduzível” que possa vir a comprometer a dignidade humana, importará em violação a direitos humanos, ainda que tal violação se dê estritamente por conflitos culturais.

Como já visto na introdução, com a redemocratização do Brasil e o advento da Constituição de 1988, o constituinte determinou que é dever do Estado assegurar a garantia de direitos fundamentais mínimos à dignidade da pessoa humana a todo o cidadão, inexistindo qualquer diferença entre eles, por sua mera condição de ser humano e, sobretudo, inexistindo qualquer influência da igreja na criação, interpretação e aplicação das leis, já que o Brasil é expressamente um Estado Laico e, portanto, há completa separação entre a Igreja e o Estado.

Nos dias atuais, entende-se que a democracia brasileira se encontra em declínio, fato este empírico e notório diante do impeachment da Presidente Dilma Roussef, em 2016, seguido da impopularidade do Presidente Michel Temer e, mais recentemente, da eleição do candidato Jair Bolsonaro, em 2018, e da reeleição do Presidente Luiz Inácio “Lula” da Silva, em 2022, culminando em uma polarização em nível extremo e jamais visto na democracia nacional.

Como consequência lógica, essa volatilidade política e insegurança ao bom exercício da democracia ocasiona reflexos à toda população, seja em seu viés econômico quanto social, com aumento de desigualdades e lesões a direitos fundamentais.

Ao tratar especificamente de democracia e do desenvolvimento da democracia brasileira ao longo dos anos, faz-se necessário trazer o conceito de Joseph Schumpeter (1961), que define a democracia na ideia de “elitismo competitivo”. Em sua visão, a democracia não está associada à tomada de decisões pela maioria ou ao governo ser exercido pelo povo, mas o

autor defende que a democracia é um sistema no qual a competição política entre elites é o ponto determinante para a eleição dos representantes políticos, de modo que as elites induzem as escolhas dos candidatos, despertando o apoio das massas, principalmente em razão da natureza apaixonada do homem.

Considerando este embate de elites na corrida para a seleção dos líderes políticos, a grande divergência de interesses, motivações e aspirações inerentes à natureza humana, e a inconsistência dos líderes políticos dos últimos anos da democracia brasileira, entende-se que o Estado democrático nacional se encaminhou a um sistema cada vez mais “hiperpresidencialista”, que se encontra bem distante do ideal democrático estabelecido pela teoria de Robert Dahl (2012), o qual sustenta que o nível de democracia é baseado em critérios como eleições livres e justas, liberdade de associação, sufrágio universal, a liberdade de expressão e fontes alternativas de informação para culminar na eleição do executivo.

Conforme Gargarella (2010), a América Latina enfrenta maiores dificuldades no crescimento de seu índice democrático exatamente em razão da grande concentração de atribuições à figura do Presidente da República, adotando-se, erroneamente, um viés um tanto quanto monarquista, vestido de democracia, garantindo a este um grande poder de influência no funcionamento do governo e do Estado em geral, destacando como principais características do hiperpresidencialismo: a) a concentração de Poderes Executivos; b) o domínio sobre o Poder Legislativo; c) a redução de poderes do Congresso; d) a possibilidade de reeleições contínuas; e) o déficit democrático.

Ou seja, vive-se, atualmente, uma realidade na qual o Poder Legislativo é extremamente dependente do Poder Executivo, existindo uma excessiva atribuição de poderes na figura do Presidente da República, atraindo ao Poder Executivo uma maior responsabilidade nas decisões políticas e quebrando os padrões democráticos da nação, culminando no que se pretende caracterizar como “terceira onda de autocratização”.

Quando fala-se de “onda de autocratização”, torna-se necessário retomar aos estudos de Huntington (1994) sobre as ondas de democratização, pelo qual tornou-se possível identificar tendências mundiais de democratização de países em um determinado período, apontando pela existência de três ondas de democratização, sendo a primeira entre 1828 a 1926 (com a conversão de monarquias absolutas em democracias), a segunda entre 1943 a 1962 (ao final da

segunda guerra mundial, com a conversão de países fascistas, colônias e ditaduras em democracias) e a terceira de 1974 a 1990 (com o rompimento de autoritarismos de regimes militares).

Entretanto, Huntington apontou que, junto com as ondas de democratização, também surgiram as ondas “reversas”, iniciando-se a primeira entre 1920 e 1930 (com a retomada de formas autoritárias e totalitaristas de governo) e a segunda de 1960 a 1968 (com a ocorrência de golpes militares da América Latina). Assim, a chamada “terceira onda de autocratização” representaria uma nova onda de reversão da democracia estabelecida após o rompimento de autoritarismos de regimes militares.

A iminência desta terceira onda de autocratização pode ser evidenciada pelos estudos divulgados pelo V-DEM, em 2022, que apontaram que o nível global de democracia está de volta a um índice similar ao que estava em 1986, representando um retrocesso de mais de 35 anos de avanços na democracia global somente na última década, sendo, inclusive, apontado por alguns pesquisadores a possível proximidade a uma nova era similar à da Guerra Fria, principalmente considerando a guerra estabelecida entre os Estados Unidos, Ucrânia e Rússia.

A pesquisa também indica que a América Latina, no ano de 2022, vive em um nível democrático inferior ao indicado em 1989, quando ocorreram as primeiras eleições democráticas no Brasil e no Chile após o autoritarismo instaurado pelos golpes militares, apontando também para um notório aumento de censura de mídia, repressão civil e deterioração da liberdade de expressão.

De acordo com o Liberal Democracy Index (LDI) – sistema que estuda os aspectos liberais e eleitorais da democracia, em um índice de 0 a 1, conforme a mencionada teoria de Robert Dahl – o Brasil se encontra em um nível de 0,5, atrás de países como Uruguai, Argentina, Chile, Peru, Portugal, Espanha, Estados Unidos, Austrália, Canadá, etc.

Portanto, é evidente que mesmo tendo a roupagem de “Democracia”, o histórico recente do governo brasileiro aponta para tempos de crise, principalmente considerando o período eleitoral de 2018 e 2022, onde foram eleitos os Presidentes Jair Messias Bolsonaro e Luiz Inácio “Lula” da Silva, respectivamente.

É exatamente por possuir esta via “eleitoral” que a democracia é derrubada de dentro para fora, ou seja, os próprios representantes políticos, eleitos pelo povo, utilizam de seus

privilégios – decorrentes do sistema hiperpresidencialista, como visto – para derruir a democracia de forma não aparente, fazendo com que maioria dos cidadãos ainda tenha uma falsa ideia de que estão vivendo em um regime democrático. Ou, ainda, como expõem LEVITSKY e ZIBLATT (2018), o fato de inexistir um momento único e histórico de golpe é suficiente para não ativar os dispositivos de alarme da sociedade.

E, considerando o hiperpresidencialismo da democracia brasileira e a iminência de ruína do estado democrático e instauração de uma autocracia, a população LGBTQIAPN+ se destaca como extremamente vulnerável, com risco de perda de avanços históricos na luta por seus direitos fundamentais, tais quais o do casamento homoafetivo e alteração de registro civil.

A comunidade LGBTQIAPN+ há anos busca desenfreadamente instigar o judiciário e o legislativo a fim de assegurar a garantia dos direitos mais essenciais e basilares dos direitos humanos, dentre os quais o direito à vida e à integridade física. Entretanto, a desinformação sobre a temática ainda é exponencial no território nacional, fato este que, aliado à eleição de representantes políticos intolerantes e preconceituosos, contribui para a propagação de discursos de ódio e violação de seus direitos fundamentais, colocando em xeque até mesmo direitos já garantidos historicamente.

Entende-se ser necessária a inserção, em debates políticos, sobre temas como construção social de gênero, movimentos feministas e machismo estrutural para, assim, ocorrer a desconstrução social envolta do “masculino” e, conseqüentemente, redução dos estigmas da sociedade quanto às demais figuras da comunidade LGBTQIAPN+.

Assim, os resultados desta pesquisa visam trazer conhecimentos que possibilitem despertar no leitor uma visão crítica com relação à temática abordada, conscientizando cada vez mais a população para que migremos rumo a um mundo sem preconceitos e sem barreiras sociais, bem como instigar uma reflexão acerca da “democracia” atual do governo brasileiro, evitando a influência de argumentos falaciosos e persuasivos e buscando uma representação nos Poderes Executivo e Legislativo de pessoas comprometidas com temáticas ligadas à proteção dos direitos fundamentais a todos, independentemente de raça, cor, religião, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, ou qualquer outro fator externo que não a própria condição humana, bem como a idealização de movimentos sociais capazes de instigar um decréscimo nos privilégios e exacerbadas atribuições atreladas à figura do Presidente

da República, a fim de evitar uma montanha-russa no que tange à garantia de direitos fundamentais relacionados a pautas sociais que despertam grande divergência na opinião popular.

Conforme Gargarella (2010), a América Latina enfrenta maiores dificuldades no crescimento de seu índice democrático exatamente em razão da grande concentração de atribuições à figura do Presidente da República, adotando-se, erroneamente, um viés um tanto quanto monarquista, vestido de democracia, garantindo a este um grande poder de influência no funcionamento do governo e do Estado em geral, destacando como principais características do hiperpresidencialismo: a) a concentração de Poderes Executivos; b) o domínio sobre o Poder Legislativo; c) a redução de poderes do Congresso; d) a possibilidade de reeleições contínuas; e) o déficit democrático.

Ou seja, vive-se, atualmente, uma realidade na qual o Poder Legislativo é extremamente dependente do Poder Executivo, existindo uma excessiva atribuição de poderes na figura do Presidente da República, atraindo ao Poder Executivo uma maior responsabilidade nas decisões políticas e quebrando os padrões democráticos da nação, culminando no que se pretende caracterizar como “terceira onda de autocratização”.

Quando fala-se de “onda de autocratização”, torna-se necessário retomar aos estudos de Huntington (1994) sobre as ondas de democratização, pelo qual tornou-se possível identificar tendências mundiais de democratização de países em um determinado período, apontando pela existência de três ondas de democratização, sendo a primeira entre 1828 a 1926 (com a conversão de monarquias absolutas em democracias), a segunda entre 1943 a 1962 (ao final da segunda guerra mundial, com a conversão de países fascistas, colônias e ditaduras em democracias) e a terceira de 1974 a 1990 (com o rompimento de autoritarismos de regimes militares).

Entretanto, Huntington apontou que, junto com as ondas de democratização, também surgiram as ondas “reversas”, iniciando-se a primeira entre 1920 e 1930 (com a retomada de formas autoritárias e totalitaristas de governo) e a segunda de 1960 a 1968 (com a ocorrência de golpes militares da América Latina). Assim, a chamada “terceira onda de autocratização” representaria uma nova onda de reversão da democracia estabelecida após o rompimento de autoritarismos de regimes militares.

A iminência desta terceira onda de autocratização pode ser evidenciada pelos estudos divulgados pelo V-DEM, em 2022, que apontaram que o nível global de democracia está de volta a um índice similar ao que estava em 1986, representando um retrocesso de mais de 35 anos de avanços na democracia global somente na última década, sendo, inclusive, apontado por alguns pesquisadores a possível proximidade a uma nova era similar à da Guerra Fria, principalmente considerando a guerra estabelecida entre os Estados Unidos, Ucrânia e Rússia.

A pesquisa também indica que a América Latina, no ano de 2022, vive em um nível democrático inferior ao indicado em 1989, quando ocorreram as primeiras eleições democráticas no Brasil e no Chile após o autoritarismo instaurado pelos golpes militares, apontando também para um notório aumento de censura de mídia, repressão civil e deterioração da liberdade de expressão.

De acordo com o Liberal Democracy Index (LDI) – sistema que estuda os aspectos liberais e eleitorais da democracia, em um índice de 0 a 1, conforme a mencionada teoria de Robert Dahl – o Brasil se encontra em um nível de 0,5, atrás de países como Uruguai, Argentina, Chile, Peru, Portugal, Espanha, Estados Unidos, Austrália, Canadá, etc.

Portanto, é evidente que mesmo tendo a roupagem de “Democracia”, o histórico recente do governo brasileiro aponta para tempos de crise, principalmente considerando o período eleitoral de 2018 e 2022, onde foram eleitos os Presidentes Jair Messias Bolsonaro e Luiz Inácio “Lula” da Silva, respectivamente.

É exatamente por possuir esta via “eleitoral” que a democracia é derrubada de dentro para fora, ou seja, os próprios representantes políticos, eleitos pelo povo, utilizam de seus privilégios – decorrentes do sistema hiperpresidencialista, como visto – para derruir a democracia de forma não aparente, fazendo com que maioria dos cidadãos ainda tenha uma falsa ideia de que estão vivendo em um regime democrático. Ou, ainda, como expõem LEVITSKY e ZIBLATT (2018), o fato de inexistir um momento único e histórico de golpe é suficiente para não ativar os dispositivos de alarme da sociedade.

E, considerando o hiperpresidencialismo da democracia brasileira e a iminência de ruína do estado democrático e instauração de uma autocracia, a população LGBTQIAPN+ se destaca como extremamente vulnerável, com risco de perda de avanços históricos na luta por seus direitos fundamentais, tais quais o do casamento homoafetivo e alteração de registro civil.

A comunidade LGBTQIAPN+ há anos busca desenfreadamente instigar o judiciário e o legislativo a fim de assegurar a garantia dos direitos mais essenciais e basilares dos direitos humanos, dentre os quais o direito à vida e à integridade física. Entretanto, a desinformação sobre a temática ainda é exponencial no território nacional, fato este que, aliado à eleição de representantes políticos intolerantes e preconceituosos, contribui para a propagação de discursos de ódio e violação de seus direitos fundamentais, colocando em xeque até mesmo direitos já garantidos historicamente.

Entende-se ser necessária a inserção, em debates políticos, sobre temas como construção social de gênero, movimentos feministas e machismo estrutural para, assim, ocorrer a desconstrução social envolta do “masculino” e, conseqüentemente, redução dos estigmas da sociedade quanto às demais figuras da comunidade LGBTQIAPN+.

Assim, os resultados desta pesquisa visam trazer conhecimentos que possibilitem despertar no leitor uma visão crítica com relação à temática abordada, conscientizando cada vez mais a população para que migremos rumo a um mundo sem preconceitos e sem barreiras sociais, bem como instigar uma reflexão acerca da “democracia” atual do governo brasileiro, evitando a influência de argumentos falaciosos e persuasivos e buscando uma representação nos Poderes Executivo e Legislativo de pessoas comprometidas com temáticas ligadas à proteção dos direitos fundamentais a todos, independentemente de raça, cor, religião, sexo, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, ou qualquer outro fator externo que não a própria condição humana, bem como a idealização de movimentos sociais capazes de instigar um decréscimo nos privilégios e exacerbadas atribuições atreladas à figura do Presidente da República, a fim de evitar uma montanha-russa no que tange à garantia de direitos fundamentais relacionados a pautas sociais que despertam grande divergência na opinião popular.

2. CONSIDERAÇÕES E CONCEITOS SOBRE DIREITOS LGBTQIA+

Antes de adentrar nos reflexos e nas (in)eficácias de políticas públicas aos direitos fundamentais da população LGBTQIAPN+ – em especial a população Trans – necessário destacar alguns conceitos de extrema relevância para a compreensão desta temática, de forma breve, para pincelar acerca de explicações terminológicas a respeito de: sexo, gênero, identidade

de gênero e orientação sexual.

Conforme conceitua Maria Berenice Dias (2014), "Sexo" condiz com as características morfológicas e biológicas do ser, identificadas externamente pelos órgãos sexuais femininos e masculinos, todavia, é importante destacar que o sexo não determina a orientação sexual e nem a identidade de gênero.

Já o "Gênero" refere-se a uma construção social onde a sociedade, desde seus primórdios, atribuiu ao homem a imagem de bravura, força, coragem, racionalidade, enquanto à mulher foi atribuída uma imagem mais emocional, sensível, frágil. Todavia, após muita luta por parte das mulheres e das ondas do feminismo esta construção social está enfraquecendo, diminuindo os extremismos e disparidades entre a "figura masculina" e a "figura feminina", admitindo-se atrelar características frágeis e sentimentais à figura do "masculino" e, da mesma forma, atrelar características fortes e lutadoras à figura do "feminino".

Para Butler (2015, 56-69), não há consenso sobre o significado de "Gênero", sendo este um conjunto de atos repetidos no interior de uma estrutura reguladora rígida que ganhou uma aparência natural por ter se cristalizado no tempo, ou seja, nada é naturalmente feminino ou masculino, de modo que esta diferenciação possui um caráter variável de acordo com a cultura da sociedade. "Gênero", portanto, não é algo existente nos seres humanos por sua própria condição humana, mas sim um conceito construído socialmente, a partir de práticas, comportamentos e discursos.

A "Identidade de Gênero", por sua vez, está ligada ao gênero com o qual a pessoa se reconhece: homem, mulher, ambos, ou nenhum – levando sempre em consideração que a definição do gênero parte de uma construção social, conforme visto acima. Assim, por estar ligada ao autoconhecimento e definição subjetiva do ser, por ele mesmo, certo é que a "Identidade de Gênero" independe do sexo (órgãos genitais) e de qualquer outra característica anatômica, pois a anatomia não define gênero.

Já a "Orientação Sexual" refere-se ao impulso sexual de cada indivíduo, ou seja, à forma como ele vai canalizar sua sexualidade, tendo como única referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração.

Maria Berenice Dias (2014, p. 42) ainda lembra que não se deve falar em opção sexual, mas entende que o termo correto é orientação sexual, visto que, conforme mencionado acima,

por se tratar de um desejo sexual – de certa forma, natural, impulsivo, próprio do ser – não se trata de algo que a pessoa possa escolher.

Inclusive, a jurista afirma que “descrever a homossexualidade como um simples caso de escolha é ignorar a dor e a confusão por que passam tantos homossexuais quando descobrem sua orientação sexual. Seria absurdo pensar que esses indivíduos escolheram deliberadamente algo que os deixaria expostos à rejeição por parte da família, dos amigos e da sociedade”.

Certo que existem diversas outras conceituações no meio LGBTQIAPN+, porém, tendo em vista a grandiosidade do tema, este trabalho limitar-se-á aos conceitos mais tradicionais e gerais.

Especificamente, a sigla “T” refere-se, de forma geral, aos Transexuais e Travestis, sobre os quais faz-se necessário apontar sua diferenciação. Maria Berenice Dias (2014, p. 43) conceitua que “Transexuais” são os indivíduos que, via de regra, sentem-se em desconexão psíquico-emocional com seu sexo biológico e, de um modo geral, tentam de todas as formas possíveis adequar sua imagem exterior com seu sexo psicológico. Por outro lado, os “Travestis” são pessoas que, independentemente de sua orientação sexual, aceitam o seu sexo biológico, porém, se vestem, assumem e se identificam com o gênero do sexo oposto. Não sentem repulsa por seu órgão genital e, por isso, não perseguem a redesignação cirúrgica para alteração de sexo, visto que encontram gratificação sexual com seu sexo biológico.

Conceituando de um modo geral, Maria Berenice Dias (2014, p. 44) afirma ainda que os Transgêneros “são indivíduos que, independentemente de sua orientação sexual, ultrapassam as fronteiras do gênero esperado e construído culturalmente para um e para outro sexo. Mesclam suas formas plurais de feminilidade ou masculinidade, traços, sentimentos, comportamentos e vivências que vão além das questões de gênero como, no geral, são tratadas”.

Vale dizer ainda que, em contraponto aos transgêneros, existem os cisgêneros, que são os indivíduos que, ao contrário dos transgêneros, estão em perfeita conexão psíquico-emocional com seu sexo biológico.

A grande problemática é que a sociedade construiu um conceito de que a sexualidade e suas diversas formas de expressão são características do ambiente privado, e não do ambiente público.

Foucault (2005) refere que a palavra sexo é amordaçada pela moral e bons costumes. E,

ao levarmos este conceito às diferentes expressões e identidades de gênero e orientação sexual, por envolver a temática – sexo – tais discussões ficam em uma esfera de negação-ao-falar. O ambiente público, desta forma, estaria designado tão somente às pessoas cisgênero e heterossexuais, já que tudo o que fugir a este padrão recai na esfera do desconhecimento e, por envolver discussões sobre sexo e sexualidades, é vista pela maioria como algo impuro e violador da moral.

É exatamente por este motivo que o Estado – que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/1988) e que tem como objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária e, ainda, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, I e IV, da CRFB/1988) – necessita tomar uma postura ativa na proteção dos direitos e no equilíbrio das desigualdades que afetam esta parcela da população.

A igualdade, assegurada pela Constituição Federal, não deve ser interpretada sob a ótica de tratar a todos de forma igualitária, mas sim, sob a ótica de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na exata medida de sua desigualdade, sendo este o atual conceito do Princípio Constitucional da Igualdade.

Ou, ainda, nos termos de Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 458): “Temos o direito a sermos iguais quando a diferença nos interioriza. Temos o direito a sermos diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”.

Infelizmente, a realidade é que o legislador ainda é omissos no que tange especificamente à proteção dos direitos e garantias fundamentais à população LGBTQIAPN+, principalmente em razão do desconhecimento da população e dos membros do legislativo sobre a matéria que, diante de projetos com tais objetivos, os interpretam como se fossem violadores da moral e dos bons costumes, de modo que a temática é tratada no legislativo como alvo de rejeição.

Todavia, mesmo assim, o fato de inexistir legislação específica não impediu a busca pela tutela jurídica da união homoafetiva, por exemplo, por meio da decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Brito, j. 05/05/2011), que reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, com iguais direitos e obrigações das uniões heteroafetivas.

Referida decisão possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante frente ao Poder Judiciário e à administração pública, todavia, certo é que, ainda assim, a ausência de legislação específica causa insegurança à população LGBTQIAPN+, diante da possibilidade de alteração deste entendimento, ainda mais considerando a atual composição do Poder Legislativo pátrio e o atual declínio da democracia brasileira frente ao hiperpresidencialismo apresentado no tópico anterior. Sob esta ótica, se mesmo o direito à união homoafetiva – já consolidado na jurisprudência pátria e com efeito vinculante, conforme visto – carece de legislação específica, o que dizer do incentivo ao trabalho à população TRANS?

3. DA POPULAÇÃO TRANS E DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO

Conforme dispõe o art. 6º, caput, da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Logo, por se tratar de direito assegurado pela Constituição Federal, o direito social ao trabalho é, certamente, um direito fundamental, cujo Estado tem o dever de assegurar à totalidade da população.

A realidade atual do cenário pátrio é de que existem algumas políticas públicas direcionadas a Travestis e Transexuais relacionadas à prevenção de doenças e combate à exploração sexual, todavia, não há nenhuma política pública até o momento objetivando a inclusão desta parcela da população no mercado de trabalho (ANDRADE, 2012).

A população Transgênero, em geral, tem muita dificuldade no acesso a trabalhos formais, direcionando-se muitas vezes a chamados “sub-empregos”, sem anotação de sua Carteira de Trabalho e Previdência Social, ou sem contato com o público, sendo imediatamente descartados pelos empregadores no momento da entrevista, sem que lhe concedam sequer a possibilidade de realização de um contrato de experiência, muito em razão do grande estigma e preconceito que sofrem pela sociedade em geral.

Maria Berenice Dias (2014, p. 173) afirma que a administração pública e a iniciativa privada devem adotar programas de formação profissional, emprego e geração de renda, além de promover campanhas com objetivo de elevar a qualificação profissional dos servidores e

empregados travestis, transexuais e intersexuais e, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, assegurar a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho.

Para ALMEIDA e VASCONCELLOS (2018), o problema para a eficácia das normativas que buscam assegurar os direitos fundamentais à comunidade LGBTQIA+ se encontra, principalmente, ligado à invisibilidade e ausência de conhecimento sobre identidade de gênero – cisgeneridade e transgeneridade – prejudicando não só problemas específicos da população trans, como até mesmo o reconhecimento de sua existência.

Referidos autores realizaram entrevistas com a população Trans, entidades, organizações, instituições e órgãos que atuam diretamente com este segmento no município de São Paulo, identificando cinco principais desafios enfrentados pela população Trans quando busca se inserir no mercado de trabalho formal, sendo eles: a) preconceito e transfobia; b) documentação – registro civil e certificado de reservista; c) uso de banheiro, vestiário e uniforme; d) baixa escolaridade em razão de involuntária evasão escolar; e) linguagem corporal e verbal.

O preconceito e a transfobia foi o principal elemento citado, uma vez que a população Trans não é vista, pela maioria, como mulheres/homens “verdadeiros” e possuem sua figura vinculada a posturas tidas como socialmente reprováveis, como envolvimento com drogas, violência e prostituição, encontrando demasiada resistência para acessar e permanecer no mercado de trabalho.

Destaca-se, abaixo, o relato de Lam Matos, entrevistado no artigo de ALMEIDA e VASCONCELLOS (2018, p. 11), onde conta que possui 34 anos, trabalha desde os 14 e, todavia, somente teve sua carteira de trabalho assinada quatro vezes, sem permanecer por mais de um ano em todas as oportunidades:

“[...] Eu já fui barrado em loja de shopping, porque eu levei todos os meus documentos, todo meu currículo e tal e me chamaram pra fazer entrevista. E tinha eu e mais três meninas. E aí quando ele fez a entrevista, eu era o único que tinha experiência na área, [...] vários cursos de capacitação na área de vendas e de atendimento ao cliente, com pessoas de nome dentro dessa área. [...] Aí passou uma semana, duas, três e nada de ninguém ligar. Aí eu resolvi passar na porta da loja. Quando eu passei, uma das meninas que “tava” concorrendo à vaga junto comigo, que não tinha experiência nenhuma, nunca tinha trabalhado, vivia muito bem e obrigado lá em Brasília [...], tinha conseguido a vaga. Aí eu pedi pra chamar o gerente que tinha me

entrevistado. Aí eu falei *'então, eu queria saber por que você não me qualificou pra vaga, porque qualificar eu tinha, isso eu tenho certeza absoluta [...]. Então, porque eu não passei?'*. Aí ele ficou todo engasgado; e ele: *"aah... porque novas oportunidades..."*. E eu falei: *"não, meu querido, desculpa. Você não quis bancar a ideia de ter uma pessoa transexual trabalhando com você; e você preferiu a loira, branca"*. E ainda tem essa! A gente faz esse recorte racial, que eu sou um cara que sou negro".

Outra realidade que dificulta o acesso ao trabalho para a população Trans é a baixa escolaridade, pois, muitas vezes, torna-se impossível permanecer na escola em razão de bullying, homofobia e transfobia, causando um grande índice de evasão escolar e, portanto, comprometendo sua qualificação profissional. O grande problema não é a falta de escolas ou de acesso, mas sim de permanência neste espaço, em razão da notória e empírica discriminação sofrida em ambiente escolar.

Por fim, a pesquisa de ALMEIDA e VASCONCELLOS (2018, p. 17-18) apontou a linguagem corporal e verbal como última barreira ao trabalho da população Trans. Neste sentido, as barreiras ao acesso ao mercado de trabalho formal ocorrem em razão do próprio corpo da pessoa Trans, por serem muitas vezes imediatamente reconhecidas enquanto transexuais por apresentarem peculiaridades no corpo e na voz, por exemplo. Na perspectiva das pessoas e entidades entrevistadas pelos Autores, o ser transexual "está estampado na cara" e, por isto, sofre represálias e barreiras ao acesso ao mercado de trabalho formal, destacando-se o depoimento de Symmy Larrat:

"[...] O corpo de uma travesti fala. O corpo de qualquer ser humano fala. Mas o corpo de uma travesti fala e fala com agressividade devolvendo tudo que a sociedade colocou pra ela. Então, a gente tinha que entender que esse corpo fala e que em cada momento ele tinha que falar de uma forma: se fosse no momento da militância, se fosse no momento do trabalho, no momento do... trabalho sexual, por que não? Porque ser puta não é vergonha pra ninguém. Se for no momento de uma busca de emprego... Enfim, o corpo tinha que falar e a gente ia preparar esse corpo, essa cabecinha, essa escrita pro mundo do trabalho".

Apesar de tamanha dificuldade no acesso ao trabalho da população Trans, parece que estamos longe de uma realidade onde o Estado – enquanto entidade máxima responsável pelo bem-estar social e pela garantia dos direitos fundamentais estabelecidos em sua própria Carta

Magna – promoverá políticas públicas eficientes para garantir a igualdade de oportunidades ao trabalho entre transgêneros e cisgêneros.

Maioria dos projetos sociais são realizados por organizações não governamentais, buscando a conscientização e educação sobre expressões, identidades e discussões de gênero, principalmente em razão de o desconhecimento e preconceito serem os grandes responsáveis por tamanho obstáculo.

A realização de eventos, seminários e políticas públicas promovidas pelo Estado acabam dependendo exclusivamente do poder executivo, somente havendo apoio pelo Prefeito, Governador ou Presidente se referido político apoiar a causa o que, na realidade, nunca ocorre, pois faltam governantes que abracem o tema declaradamente, já que maioria não o faz com medo de perder votos e não conseguir se reeleger, já que a população brasileira – infelizmente – ainda é, em sua maioria, desinformada e preconceituosa, principalmente com relação à população Trans, sobre a qual deve-se garantir cada vez mais visibilidade.

Ao final das entrevistas promovidas por ALMEIDA e VASCONCELLOS (2018), os entrevistados foram questionados sobre o que poderia ser feito para promover a inclusão dos transgêneros ao mercado de trabalho, destacando-se as seguintes alternativas: a) aprovação de lei de cotas; b) capacitação de Recursos Humanos de empresas e constante sensibilização das funcionárias; c) o respeito à identidade de gênero, por meio do respeito ao nome social e ao uso de banheiro, vestiário e uniformes conforme o gênero com o qual a pessoa se identifica.

Todavia, a realidade ainda é diversa, não há apoio da temática no Poder Legislativo e todo o projeto que busca a conscientização e instituição de políticas públicas para assegurar a igualdade à população Trans acaba sendo barrado na câmara ou no senado.

Portanto, o primeiro passo rumo à plena garantia dos direitos fundamentais e do mínimo existencial à população Trans é dar a esta parcela da população a visibilidade necessária, com a conscientização dos civis e dos políticos, buscando sua compreensão sobre questões de gênero, identidade de gênero e sexualidade, quebrando o conceito – errado – de imoralidade que envolve a comunidade LGBTQIAPN+ como um todo, visto que sua compreensão está atrelada à compreensão de sexo, gênero e sexualidades, e referida temática ainda é um tabu perante a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou demonstrar que existem normas gerais internas e externas que incentivam a busca pela igualdade e garantia dos direitos fundamentais e do mínimo existencial à população LGBTQIAPN+, de modo que o Estado, enquanto responsável pelo bem-estar de seus cidadãos, assume o dever de garantir a todos o mais pleno exercício de seus direitos e garantias fundamentais, dentre eles, o direito social ao trabalho, previsto no *caput* do art. 6º, da CRFB/1988. Entretanto, os valores dispostos na letra da lei não são efetivamente praticados na realidade da população brasileira.

A discussão de gênero, apesar de antiga, ainda não faz parte do conhecimento de maioria da população, de modo que o acesso ao trabalho pela população Trans não encontra barreiras só no desconhecimento da população em geral sobre as discussões de gênero, mas também em um preconceito estabelecido em razão da construção social de gênero. Posto que, a sociedade, desde seus primórdios, construiu o conceito de que existem o gênero masculino e o feminino, cada um com suas características específicas, atribuindo ao transgênero uma figura imoral e promíscua pois, afinal, para entender a transgeneridade é preciso discutir sexo, sexualidade e gêneros, palavras que por si só são “tabu” e revestem-se de caráter privado e individual.

E tal “tabu”, impregnado no dia a dia social, impede que discussões acerca das injustiças e desigualdades prosperem, o que ocasionalmente atrasa o planejamento e a execução de políticas públicas para melhoria do convívio social e a garantia dos fundamentos da República determinados pela Constituição Federal brasileira. Assim, diante da imoralidade erroneamente atribuída pela sociedade à discussão da temática, torna-se difícil a conscientização e visibilidade acerca da naturalidade da transgeneridade, construindo barreiras tanto nos direitos individuais e fundamentais da população Trans, quanto na representação política e aprovação de legislações sobre o tema.

O estigma, a transfobia e o preconceito emergem como forças poderosas que impedem o acesso da população transgênero ao mercado de trabalho formal, uma vez que se não se discute abertamente sobre as necessidades dessa população, não se fala se combate os obstáculos enraizados. E há de se ressaltar a importância do trabalho na vida de um cidadão ou

cidadã brasileira, de modo que sem o acesso ao trabalho digno e formal, não há como se efetivar a manutenção de subsistência mínima de um ser humano. Ao excluir as pessoas trans do mercado de trabalho, se exclui das pessoas trans todos os outros direitos que lhes são inerentes à uma vida digna.

Então, em resposta ao problema da pesquisa, o cenário político de um país desempenha um papel crucial na promoção e proteção dos direitos fundamentais. As mudanças no governo e das políticas influenciam diretamente na implementação de medidas que visam combater a discriminação contra a população LGBTQIAPN+, fazendo com que a comunidade trans viva em uma constante insegurança jurídica e política acerca dos poucos direitos que lhes são garantidos e à mercê da omissão Estatal quanto ao combate às desigualdades.

A conclusão é de que a participação ativa do Estado é extremamente necessária, além de ser definida constitucionalmente, ao combater as injustiças vividas por pessoas trans no mercado de trabalho formal. Ademais, a conscientização e a educação desempenham papéis fundamentais na construção de uma sociedade mais empática e justa.

Logo, é imprescindível lutar em busca de, cada vez mais, garantir maior visibilidade e representação política a esta parcela da população que notoriamente está em grande desigualdade de oportunidades no acesso ao mercado de trabalho formal, para que, assim, seja possível caminhar rumo à aprovação de projetos de lei incentivando a inserção dos transgêneros no mercado de trabalho. E, ainda, a luta conjunta para a desmistificação e desvinculação da imagem imoral atribuída aos transgêneros e demais membros da comunidade LGBTQIAPN+.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Cecília Barreto de. VASCONCELLOS, Victor Augusto. **Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?** Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v14n2/1808-2432-rdgv-14-02-0302.pdf>>. Acesso em 31/10/2019.

ANDRADE, Luma Nogueira de. **Travestis na escola: assujeitamento e resistência à ordem normativa**. Tese de Doutorado. Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, 2012. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 4. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

- DAHL, Robert Alan. **A Democracia e Seus Críticos**. São Paulo: Martins Flores, 2012.
- DIAS, MARIA BERENICE. **Homoafetividade e os direitos LGBTI** – 6. Ed. Reformulada – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **A História da Sexualidade**. vol.1 – A vontade de Saber. Edições Graal Ltda, Rio de Janeiro/ RJ, 2005.
- GARGARELLA, Roberto. La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina. Buenos Aires: [s.n.], 2010.
- HUNTINGTON, Samuel. 1994. A terceira onda: a democratização no final do século XX. São Paulo: Ática.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. e atual. 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SCHUMPETER, Joseph. Capitalismo, Socialismo e Democracia. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

A TERCEIRA ONDA DE AUTOCRATIZAÇÃO: O CASO BRASILEIRO¹

Vitor Sabino de Souza Postingher

RESUMO

A democracia é eixo estruturante da formação de parte dos países mundiais, inclusive do Brasil. Contudo, diante do abalo democrático promovido pela onda de autocratização mundial, o país começou a apresentar traços autocráticos, afastando-se dos institutos democráticos essenciais. Isso porque o mundo está passando pela terceira grande onda de autocratização, a qual está afetando, principalmente, democracias consolidadas, sejam elas eleitorais ou liberais. Esta pesquisa tem como objetivo analisar as características da terceira onda de autocratização no Brasil. Trata-se de uma pesquisa qualitativa bibliográfica de materiais publicados por brasileiros e estrangeiros sobre o assunto, uma vez que o tema ainda é novo no âmbito acadêmico. Além disso, optou-se por trabalhar o assunto em tópicos para facilitar a compreensão, sendo que, primeiramente, traçou-se um conceito de democracia e de autocracia, para, depois, explicar-se as ondas de democratização e autocratização. Por fim, analisou-se as características específicas da terceira onda de autocratização e como essa se desenvolve nas democracias, bem como os impactos no Brasil. Diante disso, foi possível perceber que a terceira onda de autocratização, diferente das ondas anteriores, tem um caráter muito mais sutil, devagar e com um aparente disfarce legal, sendo a erosão democrática uma das principais formas utilizadas pelos líderes para subverter os padrões democráticos do país, o que, inclusive, no Brasil, levou ao fatídico episódio dos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023.

Palavras-chave: Democracia, Autocracia, Autocratização, Brasil, Onda de Autocratização.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva abordar a terceira onda de autocratização e o Brasil, para responder quais as características dessa onda no país.

Isso porque, conforme será demonstrado mais adiante, o mundo está no meio de uma grande onda de autocratização, em que diversos países estão perdendo seus traços democráticos, em rumo a uma autocracia, e até mesmo as próprias autocracias mais abertas estão se consolidando como fechadas. Diante disso, o tema aqui tratado se justifica pela necessidade de se entender as características daquela onda de autocratização, inclusive para avaliar os desdobramentos no Brasil, ante o atual contexto mundial, visto que os impactos da

¹ Este artigo científico é subproduto do Projeto Científico de Conclusão de Curso de Direito do aluno Vitor Sabino de Souza Postingher, o qual foi apresentado no dia 22/06/2023, no Centro Universitário Católica de Santa Catarina.

terceira onda já foram vistos no governo do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro, de 2018-2022, no Brasil. Por isso, a atualidade do tema é tão evidente, tendo em vista, ainda, o quadro pandêmico de abalo democrático mundial.

Para o estudo, este artigo acadêmico adotou como método de pesquisa, o dedutivo, eis que, conforme Mezzaroba e Monteiro (2019, p. 88), esse “[...] fundamenta-se em um silogismo [...] em que, a partir de uma premissa maior e mais genérica e uma menor e mais específica, pode-se chegar a um resultado necessário que é a conclusão.”. Sendo assim, os trabalhos foram iniciados com o entendimento sobre as ondas de democratização e de autocratização, para, em seguida, avaliar as características da terceira onda e como essa se desenvolve dentro das democracias. Por fim, foi realizada análise dos impactos que essa onda gerou no Brasil.

Quanto ao método de procedimento, este artigo científico adotou os métodos histórico e comparativo. Isso porque o primeiro, conforme Mezzaroba e Monteiro (2019, p. 109-110), “[...] pode comparar o conjunto característico dos elementos pertinentes ao seu objeto na atualidade com o que era em suas origens históricas, ou comparar com as formações anteriores [...]”. Sendo assim, o método histórico facultou a constatação das origens históricas e percussoras dos institutos estudados. Finalmente, o segundo permitiu a verificação de semelhanças e diferenças, por meio de comparação, para, assim, estabelecer relações (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019).

Com o fim de alcançar aqueles objetivos, o procedimento técnico utilizado foi de pesquisa bibliográfica, uma vez que se analisou materiais já publicados, como livros e artigos. Para isso, a forma de abordagem foi de pesquisa qualitativa, pois essa “[...] também pode possuir um conteúdo altamente descritivo e pode até lançar mão de dados quantitativos [...] mas o que vai preponderar é o exame rigoroso da natureza, do alcance e das interpretações [...]” (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2019, p. 130). Assim, o produto final é este artigo.

Em uma análise inicial, acredita-se que uma das características da terceira onda de autocratização no Brasil é a quebra da responsabilidade horizontal entre os poderes – *accountability* horizontal, com o engrandecimento do executivo. Além disso, o próprio controle exercido pelo poder executivo nos órgãos de fiscalização é outro fator a se apontar como impactante.

Por fim, levanta-se como terceira hipótese a polarização do país inflada pelos líderes eleitos.

1. DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA

Inicialmente, precisa-se buscar um conceito de democracia, para isso Robert Dahl (2001) parte de um pressuposto que na democracia todos os membros devem ser considerados politicamente iguais, para tanto, ele elencou 5 critérios norteadores do processo democrático e, portanto, da democracia, quais sejam: participação efetiva; igualdade de voto; entendimento esclarecido; controle do programa de planejamento; e inclusão dos adultos.

Além disso, para identificação de elementos da democracia, a pesquisa de Robert Dahl também construiu um termo para denominar democracia liberal, qual seja: poliarquia. Para Robert Dahl (2001), uma poliarquia é um regime político com as seguintes instituições democráticas: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações; e cidadania inclusiva.

Sendo assim, é imprescindível que em uma poliarquia os líderes sejam eleitos em um sistema livre, justo e frequente, ou seja, sem que haja coerção, ainda, é preciso que os cidadãos possam exercer a liberdade de expressão para expressar suas opiniões (DAHL, 2001). Ademais, para Dahl, faz-se necessário o acesso à informação diversificada e independente do próprio governo ou dos outros indivíduos, bem como esses cidadãos têm o direito de formarem associações para garantirem seus direitos ou o funcionamento das instituições democráticas. Por fim, e não menos importante, não se pode negar os direitos citados acima a nenhum adulto residente permanente no país, tampouco impedir o exercício de outros imprescindíveis para garantir os já listados (DAHL, 2001).

Por último, Dahl (2001) traz o conceito de igualdade intrínseca, a qual assume que “[...] devemos tratar todas as pessoas como se possuíssem igual direito à vida, à liberdade à felicidade e a outros bens e interesses fundamentais.” (DAHL, 2001, p. 78). Além disso, para o doutrinador, esse pressuposto deve ser adotado, inclusive, pelo Estado ao realizar atos de governo.

Ante o exposto, para garantir a democracia em um Estado, percebe-se que a atuação dos órgãos estatais deve ser positiva ao ponto de proteger as instituições democráticas que fundamentam a própria democracia, bem como de exercer políticas públicas que garantam as prerrogativas democráticas a todos os cidadãos, sendo que não é possível apenas dar o direito sem promover mecanismos para fazer com que esses possam ser exercidos (ANGELIN, 2010).

2. DA AUTOCRACIA

Dito isso, outro aspecto que precisa ser explicitado é o conceito de autocracia e de processo de autocratização como contraponto à democracia. Por isso, neste tópico serão demonstradas, brevemente, as formas, dentro do processo de autocratização, com que uma democracia pode vir a se tornar uma autocracia.

Sendo assim, observa-se que o senso comum entende que a transição de um regime democrático para um regime autocrático deve sempre ocorrer da seguinte maneira:

Sob o comando do general Augusto Pinochet, as forças armadas chilenas estavam tomando o controle do país. De manhã cedo naquele dia fatídico, Allende propôs palavras de desafio num pronunciamento em cadeia nacional de rádio, esperando que seus muitos apoiadores fossem às ruas em defesa da democracia. Mas a resistência nunca se materializou. A polícia militar que guardava o palácio o abandonara; seu pronunciamento foi recebido com silêncio. Em poucas horas, Allende estava morto. E, desse modo, também a democracia chilena. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 14-15).

Ou seja, essa é a forma comum como se entende o fim de uma democracia, por um golpe militar de estado. Entretanto, a maneira com que a terceira onda de autocratização se perfaz é mais sutil e menos perceptível aos olhos não treinados, esse contraponto parte das mãos dos próprios líderes eleitos que se utilizam dos meios que os elegeram para atacar o sistema e suas instituições (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Sobre esse modo de operação, é importante citar o exemplo da Venezuela e de Hugo Chávez, o qual desde 1998, quando foi eleito presidente, iniciou um processo de revolução rumo a uma democracia mais autêntica para somente em 2017 a Venezuela ser finalmente vista como uma autocracia.

Destarte, existem diferentes formas de uma democracia terminar, pois:

A via eleitoral para o colapso é perigosamente enganosa. Com um golpe de Estado clássico, como no Chile de Pinochet, a morte da democracia é imediata e evidente para todos. O palácio presidencial arde em chamas. O presidente é morto, aprisionado ou exilado. A constituição é suspensa ou abandonada. Na via eleitoral, nenhuma dessas coisas acontece. Não há tanques nas ruas. Constituições e outras instituições nominalmente democráticas restam vigentes. As pessoas ainda votam. Autocratas eleitos mantêm um verniz de democracia enquanto corroem a sua essência. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17).

Diante disso, nota-se que esse modo sorrateiro de agir dos líderes eleitos é mais difícil de ser percebido e, conseqüentemente, de ser contido. Por isso e por não ter um marco temporal de transição de regimes políticos, a sociedade acredita que está vivendo em uma democracia enquanto essa é corroída por dentro.

Além disso, as democracias só sobreviveram tanto tempo por conta do sistema de freios e contrapesos, amplamente utilizado no mundo, sobre o qual se extrai dois importantes pontos: a tolerância mútua e a contenção, ou seja, primeiramente, os rivais políticos devem se reconhecer como iguais e como detentores do mesmo direito de coexistir e competir pelo poder de governar, já o segundo é sobre respeitar as regras informais da corrida eleitoral e da própria democracia para não atentar contra a moral (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Logo, a inutilização desses pontos contribui para o processo de autocratização, o qual pode levar ao surgimento de uma autocracia.

Posto isto, para os estudiosos Lührmann e Lindberg (2019, p. 6, tradução nossa), o termo processo de autocratização:

Semanticamente, sinaliza que estudamos o oposto da democratização, descrevendo assim “qualquer afastamento da democracia [plena]”. Como um conceito abrangente, a autocratização abrange tanto colapsos repentinos da democracia [...] quanto processos graduais dentro e fora de regimes democráticos onde os traços democráticos declinam – resultando em situações menos democráticas ou mais autocráticas.¹

Sendo assim, o processo de autocratização é quando o país se afasta da democracia e parte rumo a uma autocracia eleitoral ou plena, sendo que esse, conforme será demonstrado mais adiante, caracteriza-se no último século por, até então, 3 grandes ondas de autocratização. Ou seja, a autocracia é o oposto total da democracia podendo ocorrer de forma eleitoral, em que os regimes autocráticos ainda mantêm certo viés democrático, ou de forma plena, em que os traços democráticos são totalmente apagados (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019).

Por isso, o processo de autocratização não é imediato e direto, sendo possível, de acordo com Lührmann e Lindberg (2019), classificá-lo em 3 partes: recessão democrática,

¹ Semantically, it signals that we study the opposite of democratization, thus describing “any move away from [full] democracy”. As the overarching concept autocratization covers both sudden breakdowns of democracy [...] and gradual processes within and outside of democratic regimes where democratic traits decline – resulting in less democratic, or more autocratic situations.” (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019, p. 6)

colapso democrático e consolidação autocrática. Portanto, o primeiro é o processo que ocorre dentro das democracias, agora, o segundo é o ponto de ruptura em que uma democracia se torna uma autocracia e o terceiro acontece dentro das autocracias as reforçando (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019).

Diante disso, o processo de autocratização dentro de uma democracia pode levar ao surgimento de uma autocracia, que é, conforme Singer (2022, p. 4), “[...] entendida como forma de autoritarismo que se caracteriza pelo ‘governo pessoal’ [...]”, ou seja, completamente o oposto de democracia, que é um regime político que preza pela igualdade de representação e de voz, na autocracia existe um líder – do executivo – que manda em toda a sociedade.

3. DAS ONDAS DE DEMOCRATIZAÇÃO E DE AUTOCRATIZAÇÃO(REVERSA)

Diante do abordado até o momento, nota-se que os processos de autocratização acontecem nos países do mundo de tempos em tempos, os quais passam por ondas de democratizações e em seguida surgem ondas de autocratização ou ondas reversas.

Para entender esses processos, primeiramente, a definição de onda de democratização:

[...] um grupo de transições de regimes não-democráticos para democráticos, que ocorrem em um período de tempo específico e que significativamente são mais numerosas do que as transições na direção oposta durante tal período. Uma onda normalmente envolve também liberalização ou democratização parcial nos sistemas políticos que não se tornam completamente democráticos. Três ondas de democratização ocorreram no mundo moderno [...] A cada uma das duas primeiras ondas de democratização seguiu-se uma onda reversa, em que alguns países, mas nem todos os que previamente haviam feito a transição para a democracia, reverteram para uma ordem não-democrática. (HUNTINGTON, 1994, p. 23).

Sendo assim, denota-se que dentro de uma onda de democratização ou autocratização existem processos de democratização, bem como processos de autocratização, o que difere uma onda da outra é a quantidade dos processos de um e de outro. Por isso, as três primeiras ondas e as reversas das duas primeiras serão abordadas, brevemente, e demarcadas no tempo para facilitar o entendimento e a comparação com a terceira onda de autocratização.

Então, segundo Huntington (1994), a primeira onda de democratização ocorreu de 1828 a 1926 e pode-se destacar as características de eleições periódicas e da participação de cerca de

metade da população livre masculina nessas votações.

Dando continuidade, a segunda onda de democratização, segundo Samuel Huntington (1994), ocorreu de 1943 a 1962 com o fim da Segunda Guerra Mundial, a volta das eleições periódicas e as consequências dos regimes totalitários anteriores. Prosseguindo na história, a terceira onda de democratização iniciou em 1974, com a Revolução dos Cravos em Portugal, e ainda não terminou (HUNTINGTON, 1994).

Por outro lado, onda de autocratização (onda reversa) é: “[...] o período de tempo durante o qual o número de países em processo de democratização declina, enquanto, ao mesmo tempo, a autocratização afeta cada vez mais países”. (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019, p. 9, tradução nossa).³

Em consequência a primeira onda de democratização, houve a primeira onda de autocratização, a qual começou em 1926 e perdurou até 1942, com 32 episódios de autocratização, afetando tanto democracias quanto autocracias (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019).

Nesse período de autocratização, aconteceu o surgimento de regimes autoritários como o nazismo de Hitler e o fascismo de Mussolini. Ainda, suas principais características para chegada ao poder são golpe militar, invasão estrangeira e autogolpes - eleição do chefe de poder, mas com posterior abolição da democracia (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019).

De outro lado, conforme Lührmann e Lindberg (2019), a segunda onda de autocratização iniciou em 1961 e foi até 1977, com 62 episódios de autocratização, que é quase o dobro se comparado com a primeira onda, afetando, praticamente, somente autocracias eleitorais, e compreendendo o período da Guerra Fria e do regime militar brasileiro.

Essa onda de autocratização tem como características para chegada ao poder: golpe militares, invasões estrangeiras ou autogolpes - eleição do chefe de poder, mas com posterior abolição de elementos da democracia como eleição ou parlamento (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019).

Em contraponto às duas primeiras ondas, os processos de autocratização na terceira começam devagar e com um aparente disfarce legal, o que dificulta apontar um evento como fim da democracia. Por isso, para tentar demonstrar um ano como sendo a ruptura da democracia para a autocracia, os estudiosos Anna Lührmann e Staffan I. Lindberg utilizam os dados levantados com o projeto V-DEM, sendo que esses serão os aqui utilizados para fins de

demarcação temporal.

Assim, aqueles acadêmicos apontam que a terceira onda de autocratização começou no início de 1994, momento em que os processos de democratização pós guerra-fria já estavam diminuindo (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019). Inclusive, em 2017, a terceira onda, conforme Lührmann e Lindberg (2019), fez com que o número de países em processo de autocracia superasse o de países em processo de democratização, o que não ocorria desde 1940, totalizando o montante de, desde o seu início, 75 episódios de autocratização, o que é mais que o dobro se comparado ao número de incidentes da primeira onda. Além disso, enquanto a primeira onda afetou democracias e autocracias e a segunda piorou autocracias eleitorais, a terceira afeta somente democracias, em que o processo dificilmente para até que se tornem autocracias (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019). Também, vale ressaltar que cada vez menos as autocracias eleitorais estão se tornando autocracias fechadas, segundo os autores relacionados anteriormente.

Tendo em vista o aparente disfarce legal, os processos de autocratização estão mais lentos e fracos do que os anteriores (primeira e segunda onda), visto que precisam ser gradativos.

Por isso, surgiu a erosão da democracia, nova tática amplamente utilizada na terceira onda de autocratização, que é quando “[...] os incumbentes acessam legalmente o poder e, gradualmente, mas substancialmente, minam as normas democráticas sem abolir as principais instituições democráticas.” (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019, p. 12).⁴

Portanto, na erosão da democracia, os líderes políticos utilizam de ferramentas diferentes para realizar o processo de autocratização, quais sejam: perseguição da oposição; subversão da responsabilidade horizontal, subverter os padrões eleitorais, mas sem quebrar a fachada democrática (alguns chamam de democracia iliberal); censurar e assediar a mídia; restringir sociedades civis e partidos políticos; e enfraquecer a autonomia dos órgãos de gestão eleitoral (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019).

Outro ponto que vale ressaltar é que a mudança gradativa de democracia para autocracia, com a falsa legalidade, faz com que os países não sofram a perda de legitimidade que, muitas vezes, os golpes militares, invasões estrangeiras ou autogolpes geram (LÜHRMANN; LINDBERG, 2019). Isso evita que esses países sofram oposições nacionais e internacionais diante

do processo de autocratização.

Ademais, a concentração de poder nas mãos do executivo, de acordo com Lührmann e Lindberg (2019), é um grande fator no processo de autocratização contemporâneo, bem como o processo de engrandecimento do executivo, qual seja quando os chefes eleitos enfraquecem os controles exercidos sobre esse poder pelas forças de oposição para, assim, exercer as preferências daqueles sobre os demais poderes.

Ainda, é preciso tratar sobre a desconfiança que os cidadãos têm nas instituições públicas e nos próprios políticos em si. Assim, conforme Bonifácio (2012) existem dois tipos de confiança: interpessoal, que diz respeito ao comportamento individual, e institucional, sobre o desempenho da instituição, sendo que essas podem afetar a própria adesão à democracia. Sendo assim, o apoio cidadão às próprias instituições democráticas – regime democrático – está diretamente ligado ao processo de autocratização, visto que a opinião e a avaliação popular dos partidos políticos, dos 3 poderes, do sistema eleitoral, entre diversos outros institutos democráticos, ajuda o desenvolvimento de regimes autoritários (AVILA; ARRAES, 2020).

Diante do exposto, denota-se que os novos regimes fazem uso de subterfúgios com aparência de legalidade para corroer a democracia, nos chamados constitucionalismo abusivo - conceito denominado assim pela doutrina, mas que aqui se ressalva quanto a sua alusão ao termo constitucionalismo de maneira equivocada - e erosão da consciência constitucional. Sobre o primeiro, vale citar o conceito de David Landau (2013), que esse ocorre quando se utiliza de mecanismos de mudança constitucional para a corromper, como, por exemplo, emendas constitucionais ou novas constituições, sendo que os meios legais de controle – remédios constitucionais ou órgãos de fiscalização – não conseguem ou são falhos em conter essa corrupção por, inclusive, serem controlados pelos regimes autocráticos. Ainda sobre o primeiro, também retratado por Mark Tushnet (2015), sendo que, para ele, o conceito é um governo com eleições livres e justas, mas com um controle repressivo de expressão e limites da liberdade pessoal.

Além disso, os líderes políticos empregam o uso de discurso de ódio e desinformação para atacar seu oponente político e reforçar o processo de autocratização por meio da autodestruição da legitimidade institucional que esse oponente detém (CASTELLS, 2018). Uma vez que um ataque, por meio de notícias verdadeiras ou fabricadas, à figura do político em si é

um ataque a própria instituição que ele representa, o que, de acordo com Castells (2018) desencadeia uma série de sentimentos de desconfiança e reprovação moral que leva à crise de legitimidade.

Assim, a incerteza política gera, destaque polarização também, facilidade em radicalização ou em manipulação dos indivíduos, conforme Kopstein e Zanella (2019), para, então, aderirem ao discurso de ódio pregado pelos líderes políticos contra a oposição e contra o perigo de destruição da nação. Com isso, as pessoas estão dispostas a abrir mão de seus direitos e de suas liberdades para adentrarem em um coletivo extremado que, supostamente, visa à proteção da integridade do país (KOPSTEIN; ZANELLA, 2019).

Posto isto, nota-se que no constitucionalismo abusivo e na erosão da consciência constitucional, aparentemente, os países continuam com um viés democrático, mas as próprias instituições democráticas que o fundamentam são corrompidas e corroídas por dentro do próprio sistema. Nas palavras de Paulino (2021), os adversários são tratados como inimigos, sejam eles minorias, imprensa, oposição, e, mais uma vez, os instrumentos de controle democrático, inclusive os freios e contrapesos, não são suficientes para conter a erosão no sistema.

Agora, o segundo termo diz respeito à própria perda da função do texto constitucional, ou seja, perde a própria eficácia por não ser mais cumprido pelas instituições (AZEVEDO, 2021).

Ante o exposto, percebe-se que o processo de manipulação da mídia, que nas ondas anteriores acontecia depois do momento de ruptura entre a democracia e a autocracia, agora é um dos meios pelo qual os líderes, legalmente eleitos, utilizam para corroer a democracia por dentro (BOESE et al., 2022).

Nesse cenário, os líderes políticos manipulam dados nacionais e internacionais para moldar o conhecimento político dos seus cidadãos, que é uma das bases de democracias representativas, pois esse “[...] aumenta a capacidade dos cidadãos de conectar seus interesses com questões públicas específicas.” (BOESE et al., 2022, p. 16, tradução nossa)¹. Assim, a falta dele e a desinformação pode distorcer a visão política do povo e inflar a polarização, outro grande fator importante no processo de autocratização.

Esta polarização pode ser descrita como nós contra eles, ou seja, uma parte da

¹ “[...] increases citizens’ ability to connect their interests with specific public issues.” (BOESE et al., 2022. p. 16).

população contra a outra parte do país, sendo que as duas estão em constante movimento de tentar se destruir por entenderem que a outra é nociva à nação (BOESE et al., 2022). Esse movimento é intensificado pelos próprios líderes eleitos, uma vez que contribui e facilita o processo de autocratização, assim, Boese et al. (2022, p. 12, tradução nossa) relatam que:

A polarização se torna tóxica quando atinge esses níveis extremos. Campos de “nós contra eles” começam a questionar a legitimidade uns dos outros. A oposição começa a ser retratada como uma ameaça existencial a um modo de vida ou a uma nação, e não é mais considerada merecedora de igual respeito. Nesse ponto, as normas e regras democráticas podem ser deixadas de lado para salvar a nação. A polarização e a autocratização formam então um ciclo vicioso que se reforça mutuamente.

Portanto, quando os níveis de polarização se tornam tóxicos a ponto de moldarem a própria sociedade e os seus anseios, tem-se um reforço mútuo entre a autocratização e a polarização, em que uma intensifica a outra e, nesse momento, o sistema de freios e contrapesos, que deveria guiar a política, não se aplica mais, visto que as partes não se consideram mais como iguais. Diante disso, os cidadãos estão dispostos a abrirem mão de seus princípios democráticos e até de seus direitos em favor de ideologias políticas, tendo em vista que acreditam, fielmente, que a nação está em perigo (BOESE et al., 2022), e somente a sua ideologia, ligada aos seus interesses, que são manipulados por meio das mídias, irá salvar o país.

Por fim, são inúmeros os pesquisadores e os estudos apontando a iminente terceira onda de autocratização no mundo, sendo que essa surge com uma incrível força e adesão por parte dos países e dos políticos. Além disso, aqueles já alertam sobre os grandes riscos que essa terceira onda representa para democracia mundial, visto que os artifícios e artimanhas empregados no processo são diferentes das ondas reversas anteriores sendo essa mais discreta, gradativa e com um aparente disfarce legal e democrático.

4. DO PROCESSO DE AUTOCRATIZAÇÃO NO BRASIL

De acordo com o relatório de democracia de 2023, elaborado pelo V-Dem Institute (2023), o Brasil está em um processo de autocratização, pois pertence a lista, pela quarta vez consecutiva, dos 10 países com maiores índices de processo de autocratização do mundo pelo

relatório de 2023. Contudo, de acordo com o V-Dem Institute (2023), o cenário pode mudar com a vitória do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, apesar do país estar extremamente polarizado.

O instituto sueco V-Dem classifica os países em processos de democratização e autocratização em 4 tipos, quais sejam: autocracia fechada, autocracia eleitoral, democracia eleitoral e democracia liberal.

A primeira, conforme o V-Dem Institute (2023), ocorre quando não há eleições com mais de um partido para o executivo e não há elementos democráticos, como liberdade de expressão e de associação. Em contrapartida, a segunda diz respeito aos regimes em que existem eleições para o poder executivo com multipartidos, mas os institutos democráticos não existem em níveis suficientes para fundamentar uma democracia (V-DEM INSTITUTE, 2023). Agora, na terceira, segundo o V-Dem Institute (2023), as eleições para o executivo são livres, multipartidárias e justas, os elementos democráticos são suficientes para caracterizarem uma democracia.

Por último, a democracia liberal, que seria o patamar final, ocorre quando todos os requisitos para uma democracia eleitoral estão presentes e, além disso, os poderes legislativo e judiciário restringem o executivo, assim, garantindo proteção dos direitos civis e igualdade (V-DEM INSTITUTE, 2023).

Ainda, vale ressaltar que o instituto utiliza de indicadores democráticos para classificar os países conforme os tipos explicados acima, sendo esses: eleições limpas, oficiais eleitos, liberdade de expressão e fontes alternativas de informação, liberdade de associação, restrições do poder judiciário sobre o executivo, restrições do poder legislativo sobre o executivo, sufrágio universal e estado de direito – igualdade perante à lei e liberdade individual.

Diante do exposto, o Brasil está classificado, segundo o V-Dem Institute (2023), como democracia eleitoral, ou seja, mesmo diante do processo de autocratização, o país ainda não se consolidou como autocracia em si, o que demonstra que a recuperação dos institutos democráticos é possível.

Assim, o V-Dem Institute (2023) aponta que os índices de eleições limpas (intimidação do governo nas eleições, violência eleitoral, irregularidades na votação, eleições livres e limpas), de liberdade de expressão (liberdade acadêmica e expressão cultural), de componente

deliberativo (respeito aos contra-argumentos e intervalo de consulta), de componente liberal (acesso à justiça e supervisão ao executivo) e de liberdade de associação (organizações da sociedade civil) decaíram no Brasil de 2021 para 2022.

Ademais, ao se falar de autoritarismo, é preciso analisar o ex-líder brasileiro Jair Messias Bolsonaro, pois a figura dele ficou caracterizada como um líder autocrata e, conseqüentemente, um governante autoritário, nas palavras de Barboza (2019):

Segundo o teste apresentado por Levitsky na obra "Como as democracias morrem", existem quatro sinais de alerta que podem ajudar a identificar um político autoritário. (...)

Os critérios para a prova dos nove são: 1) rejeição às regras democráticas do jogo (ou compromisso débil com elas); 2) negação da legitimidade dos oponentes políticos, descrevendo-os como ameaça, criminosos e opostos à ordem constitucional vigente; 3) tolerância ou encorajamento à violência e 4) propensão à restringir as liberdades civis de seus oponentes, inclusive a mídia. Com base nesses critérios, Levitsky (2018) chegou a conclusão de que Jair M. Bolsonaro se tratava de um candidato abertamente autoritário. (...) Confirmando a tese de que candidatos autoritários tendem a ser governantes autocráticos, Bolsonaro, depois de eleito, já nos três primeiros meses de governo, demonstra todas as características de um perfil autocrático, utilizando (ou tentando utilizar) ferramentas do constitucionalismo abusivo para deteriorar a democracia.

Ou seja, é certo que durante todo o governo Bolsonaro ocorreram diversos episódios que feriram o próprio sentimento democrático do país, sendo o mais recente e violento deles os atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023. Pois, foi quando "Bolsonaristas radicais, golpistas e criminosos invadiram e depredaram neste domingo(8) o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Palácio do Planalto, sede da Presidência da República, em Brasília." (G1, 2023), assim, invadindo os edifícios representativos dos três poderes do país.

Diante disso, é nítido que o sentimento inflado de polarização contra a destruição da nação – já explicado no tópico anterior, provocado pelos próprios líderes eleitos, foi tão intenso ao ponto de ocasionar um episódio violento contra as próprias instituições que representam a democracia no país.

Por fim, a Constituição de 1988 do Brasil criou diversos mecanismos para garantir o equilíbrio entre os poderes, bem como órgãos e instituições que realizam a fiscalização, dentro

do sistema de freios e contrapesos (PIMENTA; MACHADO, 2023). Contudo, tais mecanismos, durante o governo Bolsonaro, passaram por provações pela própria erosão democrática tentando subverter a *accountability* entre os poderes, sendo uma dessas a violência policial legalizada (PIMENTA; MACHADO, 2023).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, segundo demonstrado no decorrer deste artigo, as características da terceira onda de autocratização são muitas, sendo que as possibilidades com que os líderes eleitos as utilizam para atacar os institutos democráticos são ainda mais diversas.

Contudo, o maior perigo, diante do estudado e diferente das ondas anteriores, reside na sutileza e na imperceptibilidade, aos olhos não treinados, com que os incumbentes abalam o sistema democrático por dentro na chamada erosão democrática.

Além disso, a polarização, ocasionada pelos próprios líderes eleitos, reforça, em uma coexistência mútua, o processo de autocratização, sendo, ao que parece, esse o objetivo dos chefes do executivo quando a facilita e a incentiva.

Sendo assim, todas características da nova onda apontadas neste artigo são possíveis de serem verificadas nas ações dos líderes eleitos no Brasil, o que preocupa ainda mais ao se debater sobre os possíveis rumos do país.

Isso porque as próprias instituições, que garantem o funcionamento da democracia no equilíbrio entre o controle dos três poderes – sistema de freios e contrapesos e *accountability* horizontal, são colocadas a prova na terceira onda, por meio de diversos mecanismos utilizados para abalar o funcionamento do sistema democrático por dentro, inclusive promovendo a desconfiança naqueles institutos e, conseqüentemente, a crise de legitimidade.

Por isso, diante do estudado, duas das hipóteses iniciais foram confirmadas, uma vez que são, exatamente, características da terceira onda de autocratização e, inclusive, foram empregadas para garantir o abalo democrático no Brasil, sendo a quebra da responsabilidade horizontal entre os poderes, com o engrandecimento do executivo e a polarização do país, inflada pelos líderes eleitos.

Por outro lado, a hipótese sobre o controle exercido pelo poder executivo nos órgãos

de fiscalização necessitaria de um estudo mais aprofundado, para ser confirmada em sua totalidade, o que não é cabível na proposta deste artigo. Contudo, foi possível confirmar, conforme supramencionado, que a terceira onda de autocratização objetiva a crise de legitimidade das instituições, inclusive das fiscalizadoras, bem como a quebra do sistema de freios e contrapesos democrático.

Agora, resta a questão se a liderança do atual Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, apesar do país ainda estar extremamente polarizado, será capaz de reverter o abalo democrático, amplamente, promovido por seu antecessor ou, até mesmo, se essa será a intenção do líder para o rumo do país.

Tendo em vista que existe, conforme exposto, uma corrente mundial – a terceira onda de autocratização – promovendo, entre outros impactos, a erosão democrática nas democracias e nas autocracias, ainda não inteiramente consolidadas como fechadas. Essa perda dos institutos democráticos que, ao se tratar do Brasil, fere, a princípio, a própria fundação da Constituição de 1988, qual seja a Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, será que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seus dispositivos, abriu espaço para a promoção de uma sociedade autocrática?

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AVILA, Carlos F. Domínguez; ARRAES, Virgílio Caixeta. História do tempo presente, interdisciplinaridade e qualidade da democracia na América Latina: a terceira onda de autocratização em perspectiva. **História, histórias**, Brasília, v. 8, n. 16, p. 122- 142, out. 2020. Disponível em:

<<https://periodicos.unb.br/index.php/hh/article/view/28123>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

AZEVEDO, Cláudia Regina de. Sistema normativo e erosão democrática: terceira onda reversa de democratização e o debate sobre o retorno do voto impresso no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, v. 15, n. 48, jul./dez. 2021. Disponível em:

<https://www.academia.edu/en/76713357/Sistema_normativo_e_eros%C3%A3o_de_mocr%C3%A1tica_terceira_onda_reversa_de_democratiza%C3%A7%C3%A3o>.

Acesso em: 22 abr. 2023.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz; FILHO, Ilton Norberto Robl. Constitucionalismo Abusivo e o Ataque ao Judiciário na Democracia Brasileira. **Direitos Fundamentais & Justiça**: Porto Alegre, v. 12, n. 39, p. 421-442, jul.-dez. 2018. Disponível em:

<https://www.academia.edu/40534685/Constitucionalismo_Abusivo_e_o_Ataque_ao_Judici%C3

%A1rio_na_Democracia_Brasileira>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BOESE, Vanessa A. et al. State of the world 2021: autocratization changing its nature?.

Democratization, Londres, v. 29, n. 6, p. 983-1013, DOI: 10.1080/13510347.2022.2069751, mai. 2022. Disponível em:

<<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13510347.2022.2069751>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

BOESE, Vanessa A.; LINDBERG, Staffan I.; LÜHRMANN, Anna. Waves of autocratization and democratization: a rejoinder. **Democratization**: Londres, v. 28, n. 6, p. 1202-1210, DOI: 10.1080/13510347.2021.1923006, mai. 2021. Disponível em:

<<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13510347.2021.1923006>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

BONIFÁCIO, Robert. José Álvaro Moisés (org) - Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições públicas?. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, v. 7, p. 399-406, abr. 2012. Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/QH8sKnbsWzRSx7MtCWtnf/?lang=pt>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em:

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 jun. 2023.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: A crise da democracia liberal. Tradução: Joana A. d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Disponível em:

<<http://library.lol/main/10C4314EA572140726950C26AA706EBA>>. Acesso em 26 mar. 2023.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. Disponível em:

<<http://library.lol/main/A89AEAD0B7DB406B2AD59076AB09E3E9>>. Acesso em 26 mar. 2023.

G1. Terrorismo em Brasília: o dia em que bolsonaristas criminosos depredaram Planalto, Congresso e STF. 2023. Disponível em: <<https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2023/01/08/o-dia-em-que-bolsonaristas-invadiram-o-congresso-o-planalto-e-o-stf-como-isso-aconteceu-e-quais-as-consequencias.ghtml>>. Acesso em: 30 jul. 2023.

HELLMEIER, Sebastian et al. State of the world 2020: autocratization turns viral. **Democratization**, Londres, v. 28, n. 6, p. 1053-1074, DOI: 10.1080/13510347.2021.1922390, mai. 2021. Disponível em:

<<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13510347.2021.1922390>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

HUNTINGTON, Samuel P. **A terceira onda**: A democratização no final do século XX. Tradução: Sergio Goes de Paula. São Paulo: Ática S.A., 1994. Disponível em:

<<https://doceru.com/doc/ee1850v>>. Acesso em: 09 jun. 2023.

KOPSTEIN, Marcos Antunes.; ZANELLA, Diego Carlos. A terceira onda e o totalitarismo: análise

de um experimento social. **Thaumazein**, Santa Maria, v. 12, n. 23, p. 1-8, out. 2019. Disponível em:

<<https://periodicos.ufn.edu.br/index.php/thaumazein/article/view/3028>>. Acesso em: 20 mar. 2023.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **UC Davis Law Review**, Davis, 3 abr. 2013. FSU College of Law, Public Law Research Paper, n. 646. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=2244629>>. Acesso em: 23 mar. 2023.

LEVISTKY, Steven; ZIBALTT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LEVITSKY, Steven. Latin America's Shifting Politics: Democratic Survival and Weakness. **Journal of Democracy**, Baltimore, v. 29, n. 4, p. 102-113, out. 2018. Disponível em: <<https://muse.jhu.edu/article/705721>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

LÜHRMANN, Anna. Disrupting the autocratization sequence: towards democratic resilience. **Democratization**, Londres, v. 28, n. 5, p. 1017-1039, DOI: 10.1080/13510347.2021.1928080, jul. 2021. Disponível em:

<<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13510347.2021.1928080>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

LÜHRMANN, Anna; LINDBERG, Staffan I. A third wave of autocratization is here: what is new about it?. **Democratization**, Londres, v. 26, n. 7, p. 1095-1113, DOI: 10.1080/13510347.2019.1582029, mar. 2019. Disponível em:

<<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13510347.2019.1582029?scroll=top&needAccess=true&role=tab&aria-labelledby=full-article>>. Acesso em: 21 mar. 2023.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. E-book. ISBN 9788553611560. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611560/>>. Acesso em: 21 mai. 2023.

PAULINO, Lucas Azevedo. Democracias constitucionais em crise: mapeando as estratégias institucionais que levam à erosão democrática. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 58, p. 274-310, jan./jun. 2021. Disponível em:

<<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1209>>. Acesso em: 23 mar. 2023.

PIMENTA, Raquel; MACHADO, Marta. Autocrats and Incomplete Democracies. **IACL-AIDC Blog**. 01 jun. 2023. Disponível em: <<https://blog-iacl-aidc.org/autocratic-legalism/2023/6/1/autocrats-and-incomplete-democracies>>. Acesso em: 30 jul. 2023.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Tradução: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SINGER, André. Regime autocrático e viés fascista: um roteiro exploratório. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, v. 116, p. 53-82, mai. 2022.

Disponível em:

<<https://www.scielo.br/j/ln/a/Zc3fR5TmzYFq8DSrZ4YdjBR/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 26 mar. 2023.

TRONCO, José del; MONSIVÁIS-CARILLO, Alejandro. La erosión de la democracia.

Revista de Estudios Sociales 74, Bogotá, p. 2-11, out. 2020. Disponível em:

<<https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/res/article/view/6145>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

TUSHNET, Mark. Authoritarian constitutionalism. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 100, iss. 2, jan. 2015. Disponível em:

<<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol100/iss2/3>>. Acesso em: 23 mar. 2023.

UGALDE, Francisco Valdés. Derechos humanos, democracia y Estado em la tercera ola de la autocracia. **Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales**, Cidade do México, v. 65, n. 239, p. 61-84, mai./ago. 2020. Disponível em:

<<https://www.revistas.unam.mx/index.php/rmcyps/article/view/72341>>, Acesso em: 08 JUN. 2023.

V-DEM INSTITUTE. **Democracy report 2023**: Defiance in the Face of Autocratization. Göteborg: University of Gothenburg, 2023. Disponível em:

<https://www.v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2023.

ANGELIN, Rosângela. A dignidade da pessoa humana e sua promoção: um desafio do Estado Democrático de Direito e da sociedade. **Direito e Sociedade: reflexões contemporâneas**, Santa Rosa, v. 1, n. 1, p. 52-70, 2010. Disponível em: <<https://fema.com.br/public/file/63f74d33-95f4-4459-acef-77e965ecf891/VOL-1-N-1-2010.pdf#page=52>>. Acesso em: 08 jun. 2023.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SUSTENTABILIDADE: A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO DO CIDADÃO PARA A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Felipe Schmidt¹

RESUMO

O artigo, elaborado a partir de pesquisa legislativa, jurisprudencial e doutrinária, examina o necessário contributo do cidadão para a sustentabilidade do SUS (Sistema Único de Saúde) e o desenvolvimento das políticas públicas que visam à efetividade do direito fundamental à saúde. Seu objetivo é evidenciar a importância da participação do cidadão para o alcance desse escopo. Para tanto, examinou-se inicialmente a participação popular no SUS, seguida da apreciação de aspectos afetos à sustentabilidade do sistema e às políticas públicas de saúde. Em seguida, foram analisados alguns pontos que, extraídos do cotidiano de uma Promotoria de Justiça, evidenciam a necessidade de colaboração dos cidadãos para o funcionamento sustentável do SUS, com vista à efetividade do direito fundamental à saúde. Entre esses pontos figuram questões atinentes às filas de espera, às ausências injustificadas dos pacientes a procedimentos (consultas, exames, cirurgias) eletivos e falta de atualização periódica de endereço e dados de contato, à demora para atendimento hospitalar e à escassez de profissionais de saúde no âmbito do SUS. Para a composição do estudo foi utilizado o método indutivo na fase de investigação e no relato dos resultados, aplicando-se a técnica da análise na fase de tratamento dos dados e as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direito Fundamental à Saúde; Sustentabilidade; Políticas Públicas; cooperação; cidadão.

INTRODUÇÃO

O presente artigo examina o indispensável contributo do cidadão para a sustentabilidade do SUS (Sistema Único de Saúde) e o desenvolvimento das políticas públicas que visam à efetividade do direito fundamental à saúde. Essa questão mereceu, até o momento, menor atenção dos estudiosos, cujas pesquisas se concentraram no dever do Estado de promover o direito fundamental à saúde por intermédio do SUS, tal qual prevê o art. 196 da

¹ Promotor de Justiça Titular de Entrância Especial no Ministério Público do Estado de Santa Catarina (15ª Promotoria de Justiça da Comarca de Joinville). Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Conceito CAPES 6), em cotutela (dupla titulação) com a Delaware Law School - Widener University (EUA). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Conceito CAPES 6). Professor na Escola de Preparação e Aperfeiçoamento do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, mantida pela Associação Catarinense do Ministério Público.

Constituição da República. Contudo, não se pode olvidar que o cidadão também desempenha papel relevante para a promoção dos escopos referidos, afigurando-se, portanto, oportuno debater alguns dos aspectos em que sua conduta pode concorrer para atingir aqueles fins.

O estudo foi elaborado a partir de pesquisa aos principais atos normativos de regência do Sistema Único de Saúde, à jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal e a obras jurídicas, mas também se baseia, em que pese a temática admita abordagem a partir de outras premissas, na experiência do autor em sua atuação profissional junto a uma Promotoria de Justiça com atribuição na seara da saúde pública.

Nessa linha, pretende-se evidenciar, a partir de problemas cotidianamente trazidos à Promotoria de Justiça, a importância da atuação do cidadão para o uso sustentável dos recursos do SUS, a consecução das políticas públicas de saúde e a efetividade do direito fundamental à saúde.

Inicialmente será examinada a participação popular no Sistema Único de Saúde, seguida da apreciação de aspectos afetos à sustentabilidade do SUS e às políticas públicas de saúde e da análise de alguns pontos que evidenciam a necessidade de colaboração dos cidadãos para o funcionamento sustentável do SUS, com vista à efetividade do direito fundamental à saúde. Tais pontos são atinentes às filas de espera, às ausências injustificadas dos pacientes aos procedimentos eletivos e falta de atualização periódica de endereço e dados de contato, à demora para atendimento hospitalar e à escassez de profissionais de saúde no âmbito do SUS.

Para a composição do estudo foi utilizado o método indutivo na fase de investigação e no relato dos resultados, aplicando-se a técnica da análise na fase de tratamento dos dados e as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica (Pasold, 2015, p. 91).

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A República Federativa do Brasil tem por regime político uma democracia participativa, elemento central da ordem constitucional inaugurada em 1988. A organização democrática do poder está evidenciada já no Preâmbulo da Constituição, em seus princípios (art. 1º, *caput* e inciso III) e objetivos fundamentais (art. 3º), bem assim nos direitos individuais e coletivos (art. 5º, LXXIII), direitos políticos (arts. 14 a 16) e partidos políticos (art. 17), perpassando todo o texto

constitucional. Assim, tal organização democrática do poder logicamente se estende ao Sistema Único de Saúde.

Nessa linha, o Sistema Único de Saúde é integrado, em cada esfera de governo, pelas Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde, ambos regidos pela Lei n. 8.142/90, por meio dos quais é admitida a participação da comunidade na gestão daquele sistema (art. 198, III, da Constituição da República). Com efeito, as Conferências de Saúde contam com a representação dos variados segmentos sociais (art. 1º, §1º, da Lei n. 8.142/90), e os Conselhos de Saúde com a representação dos usuários (art. 1º, §2º, da Lei n. 8.142/90), em ambos os casos de forma paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos integrantes daqueles órgãos (art. 1º, §4º, da Lei n. 8.142/90).

Contudo, máxime no contexto de uma democracia, a colaboração da coletividade para o funcionamento adequado do Sistema Único de Saúde não se deve cingir à participação dos cidadãos nas Conferências de Saúde e Conselhos de Saúde, podendo/devendo ser legitimamente esperado/exigido seu exercício por outros meios. Trata-se da necessidade de uma ampliação da noção de cidadania – para além da democracia representativa/participativa tradicional – através de funções complementares a serem desempenhadas diretamente pela própria sociedade (Appio, 2012, p. 29), consoante será exposto.

SUSTENTABILIDADE E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

De início, importa registrar que todas as pessoas que se encontram em território nacional são efetivas ou potenciais usuárias do Sistema Único de Saúde.

Nessa condição, os cidadãos cotidianamente comparecem à Promotoria de Justiça reclamando seu direito à saúde, tal qual previsto no art. 196 da Constituição da República (art. 196) e na Lei n. 8.080/90 (art. 2º). Além disso, tendo em vista que o direito à saúde pode ser exigido em juízo, os cidadãos também deduzem suas pretensões perante o Poder Judiciário, com arrimo no art. 5º, XXXV, da Constituição da República.

Todavia, não se pode olvidar que os cidadãos muitas vezes provocam individualmente as instâncias ministerial e/ou judicial com as mais variadas demandas, mas sem qualquer preocupação com a sustentabilidade do Sistema Único de Saúde, que pode acabar

comprometida por um uso talvez predatório de recursos públicos escassos, caso as pretensões trazidas àquelas instâncias sejam atendidas como formuladas. A sustentabilidade é aqui compreendida nos seguintes termos:

[...] princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (Freitas, 2012, p. 41).

Note-se que desse conceito de sustentabilidade consta expressamente que o desenvolvimento depende não só do Estado, mas também da própria coletividade, inteligência que é plenamente aplicável à seara da saúde pública. Ademais, o desenvolvimento a ser promovido deve ser socialmente inclusivo, equânime, ético e eficiente, devendo assegurar bem-estar geral no presente e no futuro.

No que tange às políticas públicas, embora sejam precipuamente de atribuição das entidades estatais, para sua eficiência também se mostra necessário o concurso dos cidadãos, como se pode concluir da seguinte lição de Maria Paula Dallari Bucci: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (Bucci, 2002, p. 241). Logo, as atividades e condutas privadas, desenvolvidas/praticadas pelos particulares, também integram as políticas públicas, inclusive as de saúde, sendo, portanto, essenciais para sua plena consecução, mesmo como decorrência da opção do constituinte de 1988 pela democracia participativa.

Feitas essas considerações preliminares, pode-se passar ao exame de alguns aspectos concretos do funcionamento do Sistema Único de Saúde nos quais a atuação dos cidadãos, de regra individualmente considerados, tem ocorrido de forma dissociada do interesse coletivo, acabando por colocar em risco a sustentabilidade do uso dos recursos públicos disponíveis, o desenvolvimento das políticas públicas de saúde e a plena efetividade do direito fundamental à saúde.

PONTOS QUE EVIDENCIAM A NECESSIDADE DE COLABORAÇÃO DOS CIDADÃOS PARA O FUNCIONAMENTO SUSTENTÁVEL E EFICIENTE DO SUS

À vista da extensão e complexidade do tema que constitui objeto deste estudo, optou-se por destacar alguns de seus aspectos que se afiguram mais frequentes no cotidiano da Promotoria de Justiça e evidenciam a necessidade de colaboração dos cidadãos para o funcionamento mais sustentável e efetivo do SUS. Assim, serão enfocadas questões atinentes às filas de espera, às ausências injustificadas dos pacientes aos procedimentos eletivos e falta de atualização periódica de endereço e dados de contato, à demora para atendimento hospitalar e à escassez de profissionais de saúde no âmbito do SUS.

O primeiro ponto indicado diz respeito às filas de espera no SUS, notadamente para realização de procedimentos (consultas, exames, cirurgias) eletivos.

No atendimento ao público da Promotoria de Justiça é frequente que os pacientes que se encontram em fila de espera por atendimento de saúde eletivo (consultas, exames, cirurgias) ou seus familiares compareçam para questionar ou impugnar a classificação de prioridade conferida àqueles.

Embora evidentemente seja compreensível tal impugnação, uma vez que todas as pessoas, máxime em um contexto adverso de enfermidade, pretendem receber atendimento de modo breve, não há solução ideal quando se trata da realização de um juízo empírico, como o que se exige para avaliar se a classificação de prioridade atribuída a dado paciente é ou não adequada e/ou precisa ou não ser modificada. Nesse contexto, a classificação de prioridade fixada pelo médico regulador deve ser observada, sendo lícito ao paciente, todavia, solicitar na unidade de saúde a reavaliação de seu caso, do que todos os cidadãos que comparecem ao atendimento ao público do órgão ministerial são cientificados e orientados.

Ainda quanto à alegada demora pela realização do atendimento de saúde (consultas, exames, cirurgias), há que se considerar que os usuários com classificação de prioridade P1 entram em fila e são atendidos com preferência em face dos classificados com prioridade P2, que, por sua vez, têm primazia sobre os usuários classificados como prioridade P3, mecanismo

que é inerente ao sistema adotado para ordenação das filas de espera, que é regida, no âmbito do Estado de Santa Catarina, pela Lei n. 17.066/2017, regulamentada pelo Decreto n. 1.118/2017. No âmbito do Município de Joinville, a gestão e a administração das filas de espera em saúde é atualmente regulada pela Portaria n. 252/2021/SMS, que estabeleceu os critérios de priorização no atendimento.

Nesse contexto, não se pode ignorar, por oportuna e relevante, a lição de Roberto DaMatta acerca da fila de espera, que ele considera ser "[...] uma estrutura elementar da democracia" (DaMatta e Junqueira, 2017, p. 10). O professor da PUC/RJ sustenta que "[...] a fila revela os ajustes e contornos entre normas de governabilidade prévia e manifestamente estabelecidas e as distorções e contradições que resultam de sua aplicabilidade [...]" (DaMatta e Junqueira, 2017, p. 17).

Embora o autor não esteja se referindo especificamente às filas do SUS, essa inteligência lhes é em tudo aplicável, pois tais filas contemplam normas de governabilidade prévia e manifestamente estabelecidas, presumivelmente conhecidas por todos, uma vez que disciplinadas por atos normativos emanados dos poderes públicos, do que são exemplo a lei, decreto e portaria referidos, mas também evidenciam distorções e contradições que resultam de sua aplicabilidade (as filas constroem os corpos e mentes de todos, ante a necessidade de aguardar por sua vez de ser atendido; suspendem, mas asseguram, a independência individual, a partir de uma ética de justiça e igualdade; e colocam "cada um em seu lugar", aguardando pelo movimento de último a primeiro) (DaMatta e Junqueira, 2017, pp. 11,12 e 15).

Acrescente-se que, no Brasil, quase todas as pessoas - e não só no âmbito do Sistema Único de Saúde - possuem prioridade no atendimento a partir de algum critério objetivo ou subjetivo. Essa circunstância torna difícil escalonar prioridades dentro das prioridades, tanto em abstrato (vale dizer, no âmbito legislativo) quanto em concreto (quando da procura dos usuários por atendimento). Daí também a importância de se seguir estritamente o disposto nos atos normativos de regência da matéria.

A título de mero exemplo do escalonamento em abstrato de prioridades, pode-se referir que tanto crianças e adolescentes quanto pessoas idosas possuem absoluta prioridade no atendimento em saúde pública. Ocorre que a absoluta prioridade do idoso está prevista unicamente em lei (art. 3º, *caput* e §1º, I, da Lei n. 10.741/2003 – Estatuto da Pessoa Idosa), ao

passo que a absoluta prioridade da criança e do adolescente está prevista em lei, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990, art. 4º, *caput* e parágrafo único, b), mas também na Constituição da República (art. 227, *caput*). Portanto, à vista de sua hierarquia constitucional, pode-se considerar que a absoluta prioridade da criança e do adolescente precede, em abstrato, a absoluta prioridade do idoso, que goza de estatura apenas legal, à míngua de previsão constitucional.

Dessa forma, a posição na fila e sua observância representam a igualdade formal, elemento estrutural da democracia. Ainda segundo DaMatta e Junqueira, “O chamado ‘respeito à fila’ exprime tal coerção que é tanto maior e mais eloquente quanto mais precioso for o objetivo da espera” (DaMatta e Junqueira, 2017, p. 62). Assim, a fila de espera por atendimento em saúde, máxime à vista da magnitude do interesse jurídico tutelado, deve ser observada, não sendo, em princípio, deferido ao Ministério Público (ou mesmo ao Poder Judiciário, cabe acrescentar) atuar em favor de determinado cidadão a fim de modificar sua classificação de prioridade fixada pelo médico regulador, como pretendem muitas pessoas que procuram a Promotoria de Justiça ou os órgãos jurisdicionais, sob pena de chancela do “furar a fila” por iniciativa ou determinação de órgão do próprio sistema de justiça.

O segundo aspecto é o das numerosas ausências injustificadas de usuários dos serviços públicos de saúde a atendimentos/procedimentos eletivos previamente designados, em prejuízo dos demais utentes das mesmas atividades, bem assim o da falta de atualização periódica, por aqueles, de endereço e dados de contato.

Ora, quando há uma falta ao atendimento/procedimento, o que pode ocorrer por diversos motivos, os profissionais, espaços e equipamentos disponíveis pode(ria)m ser usufruídos por outro(s) cidadão(s). Todavia não o são, quando não há prévia comunicação da ausência em tempo hábil para o agendamento de usuário diverso. E por vezes sequer há justificativa posterior, o que pode acarretar venha o usuário a ser desligado do serviço, a fim de dar lugar a outro que dele também necessite.

Com efeito, as pessoas que reclamam seu direito à saúde deve(ria)m estar também cientes de seus deveres, não em face dos entes estatais, mas de seus concidadãos, que possuem a mesma necessidade de acesso aos serviços públicos de saúde. Entre tais deveres figura o de comunicar previamente as ausências (salvo, lógico, se ocorrerem por fato eventual e inesperado)

e, na impossibilidade de fazê-lo, justificá-las posteriormente e com brevidade, ônus dos quais, todavia, muitos não se desincumbem, o que acaba vindo em prejuízo da sustentabilidade do sistema de saúde, haja vista a impossibilidade de destinar o atendimento/procedimento a outro usuário, o que implica maior atraso no andamento da fila de espera e desperdício de recursos públicos, ante a ociosidade de profissionais, espaços e equipamentos.

Dever igualmente relevante e com as mesmas implicações nocivas quando desatendido é o de atualizar periodicamente o endereço e os dados de contato, de modo que o usuário do serviço possa ser localizado pelos profissionais de saúde para receber informações importantes acerca de seu atendimento (marcação/alteração de datas/horários para consultas/exames/cirurgias, retirada de medicamentos etc.).

Dessa forma, não se afigura adequado imputar eventual atraso/demora na prestação do serviço de saúde exclusivamente ao poder público, uma vez que os cidadãos, ainda que por vezes de forma desavisada, também concorrem para tanto.

Um terceiro ponto de interesse quanto à matéria seria a alegada demora para atendimento no âmbito hospitalar, de regra vinculada à superlotação das unidades, o que não é incomum verificar em reportagens cotidianamente veiculadas na imprensa.

Ora, há que se ter em conta que o sistema público de saúde não recusa pacientes e de regra opera com demanda muito acima de sua capacidade, sendo certo que a superlotação das unidades de saúde vinculadas ao SUS não constitui problema exclusivo de um Estado ou município, pois diversas cidades do país enfrentam simultaneamente a mesma dificuldade, o que acarreta sobrecarga e conseqüente retardo no atendimento, notadamente aos pacientes em situação menos urgente e grave.

Ademais, como se verifica em concreto no atendimento ao público da Promotoria de Justiça, os cidadãos ainda possuem uma mentalidade “hospitalocêntrica” quanto aos atendimentos prestados em saúde pública, dirigindo-se, por exemplo, a hospitais públicos altamente especializados a fim de debelar piolhos ou tratar assaduras em crianças ou pretendendo a internação de pessoas (normalmente familiares seus) com problemas afetos ao consumo excessivo de álcool e drogas como primeira providência, sem anterior atendimento pelos CAPS (Centro de Atenção Psicossocial), e mesmo independentemente de prévia determinação médica, exigida para qualquer internação (art. 6º da Lei n. 10.216/2001 e art. 4º, XI,

da Lei n. 12.842/2013).

Quanto a esses singelos exemplos hauridos da experiência prática, questões de maior simplicidade como piolhos ou assaduras em crianças são de alçada de órgãos de atenção primária (Unidades Básicas de Saúde), e não de atenção terciária, como os hospitais. Assim, como os cidadãos por vezes desconhecem que serviço de saúde devem procurar, da busca por atendimento em unidades vetorizadas à prestação de cuidados mais especializados como os hospitais surge excessiva demanda e consequente demora nas filas de espera, objeto de frequentes reclamos tanto à imprensa quanto aos órgãos públicos (administrativos e/ou ministeriais). Quanto a álcool e drogas, a internação do usuário é a última e mais gravosa medida de tratamento em saúde mental, cabível apenas com prévia determinação médica e tendente à mera estabilização do paciente, que deve ser tratado, logo após vencida eventual crise, no meio comunitário e familiar, a fim de evitar o ressurgimento da lógica manicomial, em que pese já afastada em sede legislativa (Lei n. 10.216/2001), aspecto desconhecido pelas pessoas em geral, que se insurgem quando científicas das medidas legais passíveis de adoção para o tratamento do usuário de álcool e drogas (necessidade de buscar o CAPS como “porta de entrada” do sistema, imprescindibilidade de laudo médico para internação etc.), pretendendo seja ele de plano internado, sem qualquer outra providência anterior.

Ainda com respeito à brevidade no atendimento, também é importante ressaltar que nas unidades de saúde o paciente passa por uma triagem, baseada em critérios técnicos objetivamente fixados e previamente levados ao conhecimento do público (fixação de placa/cartaz nas dependências do estabelecimento), que confere preferência aos casos mais graves, ficando postergada a atenção aos casos menos graves. Tal processo de triagem e classificação dos pacientes é de regra orientado pelo chamado Protocolo Manchester, que funciona com base em uma escala adotada pela instituição de saúde, geralmente dividida em cores, que permite a gestão do risco clínico e a ordenação do fluxo do paciente no interior da unidade¹.

¹ Também chamada de Sistema de Triagem de Manchester (STM), essa metodologia enquadra os casos críticos no nível vermelho, seguido pelos níveis laranja, amarelo, verde e azul, que aponta situações não urgentes. O fluxo empregado pelo Protocolo Manchester é o que segue: 1 - Triagem: consulta com enfermeiro para averiguação dos sintomas e definição da prioridade de atendimento conforme classificação de risco; 2 - Recepção: a ordem de chamada para o atendimento médico segue o protocolo da classificação de risco; 3 - Atendimento Médico: inclui

No que toca à opção do gestor público pela adoção de tal (ou de outro) protocolo, há que se registrar que a Administração Pública goza de autonomia para organizar e gerir seus serviços de saúde (art. 23, II, quanto à União, Estados e Municípios, e especificamente art. 25, *caput* e §1º, quanto ao Estado, e art. 30, V, quanto ao Município, todos da Constituição da República), podendo, pois, legitimamente estabelecer qual modelo utilizar para a triagem de pacientes, sendo certo que o sistema em referência é empregado com êxito por diversas unidades de saúde, públicas e privadas, do país e do exterior.

Nesse contexto fático, considerados os critérios estipulados pelo Protocolo Manchester, que traduzem outro exemplo de “normas de governabilidade prévia e manifestamente estabelecidas” a que se refere Roberto DaMatta (DaMatta e Junqueira, 2017, p. 17), a despeito dos diversos reclamos de demora no atendimento hospitalar que chegam cotidianamente à Promotoria de Justiça, representativos das distorções e contradições que resultam da aplicabilidade daquelas regras, não se evidenciam efetivas e deliberadas recusas de atenção tempestiva e eficaz a pacientes no âmbito do Sistema Único de Saúde. O que se faz é seguir o protocolo adrede estabelecido, providência tendente a assegurar a sustentabilidade do sistema público de saúde e a igualdade no acesso ao serviço, providência que, contudo, não agrada a todos os cidadãos. Pode haver, logicamente, casos excepcionais de demora no atendimento com consequências graves, que são objeto de apuração no âmbito interno do SUS e pelo órgão ministerial.

O quarto aspecto a ser considerado é o da escassez de médicos e outros profissionais de saúde para atendimento em unidades do SUS. Embora não se desconheça a falta de profissionais em determinadas searas da saúde pública, do que reclamam muitos cidadãos que procuram a Promotoria de Justiça, há que se atentar para alguns relevantes aspectos desse problema.

Primeiro, um possível desinteresse de candidatos no preenchimento das vagas ofertadas pelo poder público para ingresso de profissionais de saúde nos quadros do SUS. Cabe destacar que a Constituição da República adota o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*) e

consulta, medicação, pequenas cirurgias e internações de até 24 (vinte e quatro) horas. Os casos complexos são encaminhados para unidades especializadas. (COUTINHO, Ana Augusta Pires. CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. MOTA, Joaquim Antônio Cesar. Classificação de risco em serviços de emergência: uma discussão da literatura sobre o Sistema de Triagem de Manchester. Revista Médica de Minas Gerais. Vol. 22.2. abr.-jun. 2012. pp. 188-198).

prevê, como cláusula pétrea, o direito fundamental ao livre exercício profissional, observadas as qualificações que a lei exigir (art. 5º, XIII), de modo que cabe aos profissionais de qualquer seara escolher exercer suas atividades na esfera pública ou privada, não sendo possível obrigá-los a assumir uma função e/ou ocupar um cargo público se não houver interesse, sendo também dispensada a declinação dos motivos para tal.

Há que se considerar ainda a escassez de médicos e outros profissionais de saúde no mercado (que ficou bastante evidente no período da COVID-19), sendo sabido que a iniciativa privada por vezes retira tais profissionais especializados do setor público (ou acaba por reduzir sua carga horária de trabalho neste âmbito) pagando-lhes remuneração maior. Todavia, eventual elevação remuneratória como contraprestação pelo trabalho por eles desenvolvido no setor público esbarra em limites orçamentários e em exigências afetas à responsabilidade fiscal, que prevê limites prudenciais nas despesas com pessoal, também não podendo ser pensada para agraciar exclusivamente os médicos, olvidando os demais profissionais de saúde e mesmo outros servidores públicos atuantes em áreas diversas (engenheiros, contadores, professores etc.).

Sobre a matéria, impõe-se ainda destacar a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 884.612, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023, acórdão ainda não publicado), que teve repercussão geral reconhecida (Tema 698), na qual foram fixados parâmetros para nortear decisões judiciais a respeito de políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, entre os quais a saúde. As teses fixadas foram as seguintes:

1. A intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais, em caso de ausência ou deficiência grave do serviço, não viola o princípio da separação dos poderes.
2. A decisão judicial, como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado.
3. No caso de serviços de saúde, o déficit de profissionais pode ser suprido por concurso público ou, por exemplo, pelo remanejamento de recursos humanos e pela contratação de organizações sociais (OS) e organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP).

Dessa forma, há que se considerar, como meio para suprir o déficit de pessoal nos serviços públicos de saúde, a realização de concursos públicos (observados, de qualquer modo, os limites de despesa com pessoal da Lei de Responsabilidade Fiscal), o remanejamento de recursos humanos e a contratação de OS e OSCIP, tudo segundo fixou a Suprema Corte na terceira tese acima reproduzida.

Para além de todos esses aspectos, deve-se considerar também que as questões de saúde pública não possuem contornos exclusivamente jurídicos, versando, em última análise, sobre a gestão da escassez, mais propriamente afeta à seara econômica.

Assim é que, na verdade, os casos vertentes dos procedimentos em tramitação na Promotoria de Justiça de regra não revelam omissão ou negligência dos poderes públicos, das unidades e/ou dos gestores e profissionais, mas uma demanda geral, simultânea e desmedida por ações e serviços públicos de saúde reconhecidamente escassos. Trata-se da chamada "tragédia dos comuns", caracterizada por Alexandre Morais da Rosa na forma seguinte:

A tragédia dos comuns é um tipo de armadilha social de fundo econômico, a qual envolve o paradoxo entre os interesses individuais ilimitados e o uso de recursos finitos. Por ela, se declara que o livre acesso e a demanda irrestrita de um recurso finito terminam por condenar estruturalmente o recurso por conta de sua superexploração (ROSA, 2014, p. 44).

Dessa forma, cuida-se de questão de natureza estrutural, distinta da ilegalidade clássica, com contornos muito mais complexos, de modo a exigir a reordenação de toda uma estrutura deficiente (ou ineficiente), o que depende de uma solução negociada, e não adjudicada, a envolver não só o Ministério Público, mas também os três poderes do Estado, uma vez que o equacionamento do problema, mesmo por se relacionar com políticas públicas de saúde, tem diretas e inarredáveis implicações orçamentárias.

Também não se pode olvidar, por relevante, que o quadro fático das demandas por saúde pública é dinâmico, mudando constantemente e com rapidez. Veja-se, por exemplo, que o número de pessoas que buscam atendimento em saúde pública é crescente e varia em razão de determinados eventos (v.g. o inverno faz aumentar a procura por atendimento médico de crianças e idosos com problemas respiratórios), que a própria fila de espera por cirurgias,

exames e consultas eletivos é oscilante (v.g. o ingresso de novo paciente com prioridade - tal qual um idoso - faz aumentar a demora por atendimento dos que estão na mesma fila e têm idade menos avançada) e que determinados fatos inesperados e/ou inarredáveis podem mudar o direcionamento de toda a política pública de saúde (v.g. a recente pandemia de COVID-19).

Nessa linha, há que se reconhecer inexistir solução definitiva para as questões afetas à saúde pública: dada providência pode por algum tempo equacionar um problema, mas este pode depois ressurgir e demandar novo encaminhamento, distinto do anterior, o que, na prática, não se afigura incomum. Isso ocorre, aliás, também com as questões criminais, ambientais, eleitorais, consumeristas, de infância e juventude e muitas outras a cargo do Ministério Público.

Portanto, considerado todo esse amplo e complexo contexto fático, não é lícito ignorar as dificuldades enfrentadas pelos gestores públicos de saúde (v.g. limitações orçamentárias e de pessoal, dependência de emendas parlamentares para obtenção de mais recursos etc.), o que, aliás, é determinado pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 22, *caput*), que impõe considerar, na interpretação de normas sobre gestão pública, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, logicamente sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Sob outro ângulo, aspectos como os ora sucintamente debatidos implicam que os cidadãos também devem ser chamados à responsabilidade quanto à necessidade de uso sustentável dos recursos do SUS, de modo a colaborar para o melhor desenvolvimento das políticas públicas e a efetividade do direito fundamental à saúde.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim desse estudo evidencia-se que a efetividade do direito fundamental à saúde depende não só da atuação positiva dos poderes públicos, ao se desincumbirem, por meio de políticas públicas, de seu dever fundamental de oferecer ações e serviços de saúde à coletividade, mas também dos próprios cidadãos destinatários daquelas prestações positivas estatais, que devem fazer o uso sustentável dos escassos recursos públicos disponíveis, o que constitui verdadeiro exercício de cidadania.

Para que tal escopo seja atingido, há que se incrementar a educação e informação à

coletividade acerca dos mecanismos de funcionamento do SUS e da organização e destinação de suas estruturas e recursos, para o que não só os entes e órgãos estatais, mas também os meios de comunicação e outros agentes da sociedade civil podem contribuir sobremaneira, máxime no contexto de uma democracia participativa. Também importa reforçar a importância da prevenção à doença e da ênfase na atuação da atenção primária, porta de entrada do sistema, a fim de preservar os recursos da atenção terciária.

Por último, há que se registrar que essas breves considerações não revelam insensibilidade ou desprezo do órgão ministerial pelos graves e variados problemas individuais que lhe chegam ao conhecimento na Promotoria de Justiça, mas decorrem da necessidade de pensar o Sistema Único de Saúde a partir de uma perspectiva coletiva, preventiva, resolutiva e de sustentabilidade do uso dos recursos públicos disponíveis, a fim de que mais pessoas possam ter suas demandas adequadamente atendidas e o direito fundamental à saúde tenha maior efetividade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

APPIO, Eduardo. Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível na internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 10.08.2023.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível na internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm Acesso em 10.08.2023.

BRASIL. Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível na internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm Acesso em 10.08.2023.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível na internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em 10.08.2023.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível na internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm Acesso em 10.08.2023.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível na internet:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm Acesso em 10.08.2023.

BRASIL. Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível na internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm Acesso em 10.08.2023.

BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto da Pessoa Idosa e dá outras providências. Disponível na internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741compilado.htm Acesso em 10.08.2023.

BRASIL. Lei n. 12.842, de 10 de julho de 2013. Dispõe sobre o exercício da Medicina. Disponível na internet: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12842.htm Acesso em 10.08.2023.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

COUTINHO, Ana Augusta Pires. CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. MOTA, Joaquim Antonio Cesar. Classificação de risco em serviços de emergência: uma discussão da literatura sobre o Sistema de Triagem de Manchester. Revista Médica de Minas Gerais. Vol. 22.2. abr.-jun. 2012. pp. 188-198.

DAMATTA, Roberto. JUNQUEIRA, Alberto. Fila e Democracia. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MUNICÍPIO DE JOINVILLE. Portaria n. 252/2021/SMS. Regulamenta a gestão e a administração das filas de espera de consultas especializadas, exames, cirurgias e demais procedimentos, bem como o funcionamento da Central Macrorregional de Regulação do Acesso aos Serviços de Saúde em Joinville. Diário Oficial Eletrônico do Município de Joinville nº 1802, de 15 de setembro de 2021. Disponível na internet: <https://www.joinville.sc.gov.br/public/portaladm/pdf/jornal/6d50e5043abdd8f4c1af3761b55aec58.pdf> Acesso em 10.08.2023.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. 13. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTA CATARINA. Decreto n. 1.118, de 29 de maio de 2017. Regulamenta a Lei nº 17.066, de 2017, que dispõe sobre a publicação, na internet, da lista de espera dos pacientes que aguardam por consultas (discriminadas por especialidade), exames e intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos estabelecimentos da rede pública de saúde do Estado de Santa Catarina, e estabelece outras providências. Disponível na internet: <http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2017/001168-005-0-2017-004.htm> Acesso em 10.08.2023.

SANTA CATARINA. Lei n. 17.066, de 11 de janeiro de 2017. Dispõe sobre a publicação, na internet, da lista de espera dos pacientes que aguardam por consultas (discriminadas por especialidade), exames e intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos estabelecimentos da rede pública de saúde do Estado de Santa Catarina. Disponível na internet:

http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17066_2017_lei.html Acesso em 10.08.2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 884.612, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023 (acórdão ainda não publicado). Disponível na internet: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4237089> Acesso em 10.08.2023.

DIREITO DE RESISTÊNCIA NA SEGUNDA ESCOLÁSTICA IBÉRICA DE FRANCISCO DE VITÓRIA E FRANCISCO SUÁREZ

Eduardo Nogueira de Souza Seixas

RESUMO

O direito de resistência é a origem das formas atuais de limitação de poder e controle do Estado. Foi num contexto da Antiguidade em que o direito de resistência primeiramente foi abordado, quando, em diversas situações de tirania, os povos reuniram-se para resistir contra a ofensa que a eles era inflingida, para proteger os inocentes da morte cruel, para salvar os mortos da profanação e para garantir a salvaguarda do bem comum do povo. Ao longo da história, a resistência ao tirano em sua loucura de poder, ensejou diversos movimentos políticos, sociais e religiosos, tais como aconteceu na Noruega e na Grã-Bretanha, durante a Idade Média. Foi nesse contexto, da formação dos grandes reinos medievais, em que houveram as primeiras preocupações jurídicas sobre uma forma de restringir o poder de coerção dos príncipes. Nessa seara, grandes contribuições foram feitas ao direito de resistência pelos doutrinadores da Segunda Escolástica da Península Ibérica, durante o século XVI e XVII, especialmente Francisco de Vitória, na sua obra *"Relectio Prior de Indis Recenter Inventis"*, ao tratar sobre os direitos dos índios das Américas e do direito de resistência dos espanhóis frente à ameaça à vida dos inocentes e dos sacrifícios sangüinários promovidos pelos Reinos nativos da América, e Francisco Suárez, na sua obra *"Defensio Fidei Catholicae Et Apostolicae: Adversus Anglicanae Secta Errores"*, a qual apresentou uma resposta aos erros anglicanos de Jaime I e de Juramento de Lealdade, bem como defendeu o direito de resistência dos católicos perseguidos por não jurarem lealdade ao Rei da Inglaterra como autoridade tanto temporal, como espiritual.

Palavras-chave: Direito; Resistência; Injúria; Tirania; Guerra.

INTRODUÇÃO

O artigo apresenta uma explanação da doutrina acerca do direito de resistência como foi conceituado pelos doutrinadores e juristas da Segunda Escolástica que se deu na Península Ibérica durante os séculos XVI e XVII, com especial enfoque nas doutrinas de Frei Francisco de Vitória, da Universidade de Salamanca, e do padre Francisco Suárez, da Universidade de Coimbra.

O direito de resistência, como praticado pelos homens da Antiguidade, foi uma forma dos povos se defenderem contra a tirania do governante e contra suas leis injustas. Durante o decorrer da história, em muitos momentos, o direito de resistência foi uma forma dos

homens livres e dos oprimidos de lutarem pela sua liberdade, pela preservação da vida e do bem comum.

Foi na época da criação dos primeiros Reinos Absolutistas da Europa Ocidental em que o direito de resistência passou a tomar espaço nos meios constituintes e nas publicações doutrinárias como uma forma seja legal ou extralegal de garantir a defesa dos povos.

Num período de intensa modificação no cenário internacional, como o dos séculos XVI e XVII, com a descoberta do novo continente e o advento da Igreja Anglicana na Grã-Bretanha, o tema do direito de resistência ganhou especial enfoque nos textos do dominicano Francisco de Vitória e do jesuíta Francisco Suárez, expoentes desse novo movimento escolástico.

Enfrentando o direito divino com o direito natural e o recém direito das gentes, as inovações doutrinárias implicaram na necessária aplicação do direito de resistência em virtude dos diversos ataques à integridade dos povos ao redor do globo, em especial sobre o direito natural dos índios da América e dos católicos perseguidos por Jaime I, rei da Inglaterra.

Nesse artigo, busca-se explicar como o direito de resistência se deu durante os séculos XVI e XVII, no período da Segunda Escolástica, indo em oposição direta à fundamentação doutrinária vigente no direito internacional e à vontade tirânica dos reis absolutistas.

A pesquisa desenvolvida verteu para áreas da filosofia, da história e do direito, buscando, com base nas doutrinas expostas, compreender a realidade do direito de resistência à luz da nova escolástica e em vista ao desenvolvimento do que viria a se tornar o moderno direito internacional.

1. DIREITO DE RESISTÊNCIA

A liberdade dos atos humanos, com suas diferentes expressões, motivados por todas as circunstâncias sociais, culturais e religiosas que porventura podem influir no seu resultado, compreendem uma série de nuances envolvendo sua legitimidade e permissibilidade. O indivíduo, na égide do direito, torna-se responsável pelo resultado de seus atos, de maneira que, pelo bem ou pelo mal que fizer, ele torna-se autor e réu diante do povo e do Estado.

Ao longo da história, em muitos momentos, o excesso dos príncipes, em seu governo, ensejou diversas formas legais e extralegais de buscar reprimir e limitar a competência

governável do poder de um príncipe, a fim de evitar e prevenir qualquer dano ou injúria que possa ser feita à estrutura do Estado ou à saúde e segurança do povo.

O direito de resistência nasce, primordialmente, nas formas de resistência civil contra ordens e imposições desumanas e autocráticas, especialmente dos reinos e impérios da Antiguidade, como o Império Romano. Os cristãos dos primeiros séculos após Cristo já praticavam a resistência à tentativa de imposição e restrição à liberdade de culto e religião praticada em toda a Europa e África dominados pelo Império Romano. Muitos dos primeiros grandes exemplos do direito de resistência como forma válida de expressão foi a não negação da religião, por mais que a não aceitação da imposição estatal significasse a morte e perseguição sangrenta.

Com o passar do tempo e com as grandes mudanças na sociedade europeia após o fim da Idade Antiga, o direito de resistência estruturou-se na hierarquia nobiliárquica dos reinados da Alta Idade Média, principalmente com o advir do feudalismo.

A estrutura da sociedade feudal, com a alta descentralização do poder e da atividade econômica, garantiu que o poder central dos reinos não tivesse como exercer uma tirania institucionalizada sobre seus súditos. A alta e baixa nobreza representavam para o povo a proteção da vida comum e dos valores fundamentais da sociedade, como o trabalho digno e a incolumidade do Altar. Dividida entre várias delimitações territoriais, os diferentes títulos nobiliárquicos garantiam o exercício pleno da autoridade e do poder do Rei, sem que seja perdida o respeito às instituições e o valor da honra na proteção dos indivíduos mais vulneráveis. (GOFF, 2005)

A baronia aproximava os servos e o povo simples do que seria um alto valor de vida, bem como servia de intermediário entre os demais homens livres e os condes ou os senhores feudais. Os senhores feudais, por sua vez, exerciam as ordens dos demais senhores da Alta Nobreza, principalmente no que se refere à defesa e proteção de seus territórios, bem como do reino como um todo. Os marqueses cuidavam da defesa das bordas dos reinos e estavam a serviço dos duques e da família real, no que fosse de interesse do reinado. E a família real cuidava da segurança do reino como um todo, trabalhando pela manutenção do reinado, defendendo em caso de ameaça à integridade dos súditos e da Igreja local. (GOFF, 2005).

Essa divisão de poderes em nada diminuía a esfera de poder e autoridade dos reis, mas

garantia a plena obediência dos súditos às ordens dos nobres de maior hierarquia, conquanto houvesse legitimidade e lógica na permanência da obediência, com a finalidade de defender a monarquia, a estrutura do reino e a vidados súditos.

Além dos reinos cristãos da Europa Ocidental, o direito de resistência era exercido com frequência nos locais que mantiveram o modelo centralizado de poder conforme moldes próprios mas inspirados nos da Antiguidade, como os reinos escandinavos do norte da Europa e o Califado Islâmico.

Como, por exemplo, no século XI, o rei da Suécia Olof Skötkonung estava em guerra contra o rei Olof Haraldsson da Noruega, por motivos de tradição territorial dos povos vikings. Nesse contexto, era interesse dos fazendeiros suecos a paz com a Noruega, levando o ilustre Tiundalagmannen Torgny, um sueco de grande renome, a ameaçar matar o rei caso ele continuasse a empreender as campanhas militares contra os anseios do povo, fato que já havia ocorrido no passado, quando, em Mulated, 5 reis mortos pelos nobres foram jogados num poço por terem sido “extremamente corajosos” e atentarem contra os melhores interesses do povo.

Após esse pedido, o rei sueco cedeu às pressões e prometeu paz e reconciliação com o rei norueguês, entregando a sua filha em matrimônio à família do rei da Noruega e selando a paz e o fim da guerra. (OLAUSSON.2018).

Na Baixa Idade Média, com o aparecimento dos governantes pré-absolutistas e com a criação das primeiras Monarquias Absolutistas, a descentralização feudal vai dar lugar à centralização do exercício do poder na figura do Rei e da família real. Em muitos locais, pela afluência de demasiadas batalhas e conflitos por autoridade, por muito a tirania passou a ser sentida pelo povo, principalmente na quantidade de impostos maiores, no desperdício das reservas monetárias e na tirania do governante.

No século XIII, na Grã-Bretanha, Robert Fitzwalter e os demais barões insurgentes levantaram armas contra o Rei João I, conhecido como Sem-Terra, pelos diversos atos de governo imorais e corruptos, como a tentativa de sedução de Margaret, esposa do barão Eustace de Veci, filha do Rei William da Escócia, e a tentativa de estupro da filha do barão Robert Fitzwalter. A Campanha contra o rei finalizou-se quando, em 12 de julho de 1215, após três anos em guerra civil causada pelos atos do rei, por pressão dos nobres ingleses, o rei João assinou a

famosa Magna Carta inglesa, garantindo direitos aos cidadãos e limitando o poder real. (DANZINGER, 2005)

Nesse contexto histórico de centralização do poder e após as primeiras iniciativas constituintes, o direito de resistência passou a ser uma matéria do direito amplamente desenvolvida, por sua parte, nos estudos dos juristas da Segunda Escolástica da Península Ibérica, como Francisco de Vitória e Francisco Suárez, como se deduz a seguir.

2. FRANCISCO DE VITÓRIA

Frei Francisco de Vitória foi um teólogo dominicano e jurista da Universidade de Salamanca, no século XVI. Pela suas obras sobre o poder civil e a questão dos índios, ficou conhecido como um dos defensores dos direitos dos índios e foi o precursor do direito das gentes como se concebeu na modernidade.

Nesse período que coincidiu com o das Grandes Navegações, o rei da Espanha, de senhor de apenas um território, tornou-se senhor de quase todo um mundo. Nessa época, o internacionalismo das navegações espanholas e a descoberta da América levou a novos desafios no nascente direito das gentes, bem como no direito divino e no natural, no que trataria sobre a legitimidade dos povos ameríndios e o problema da resistência que deriva dessa concepção.

A posição comum espanhola acerca do titularidade dos povos infiéis sobre suas terras era de que povos não cristãos não poderiam ter domínio e autoridade plenos sobre suas terras. Baseados no "Requerimento", escrito por López Palacios Rubios, em 1512, quando, durante a criação do mundo, havia sido concedido um território, a Terra Prometida, ao povo judeu, ao passo que Deus havia concedido a integridade do globo terrestre aos cristãos, e, por sua vez, a São Pedro, e aos demais sucessores do Romano Pontífice da Igreja Católica, por ocasião da vinda de Cristo. Deste modo, a Roma e aos povos cristãos havia sido dada toda autoridade e jurisdição sobre o mundo, de modo que, a serviço da Santa Sé, poderiam reger, julgar e governar a todas as gentes, sejam eles "mourros, judeus, gentios ou de qualquer outra seita ou crença de que forem." (PALACIOS, 1512).

Em um mundo cujas divisões faziam-se por meio de bulas papais e tratados demarcatórios, os territórios de povos não cristãos e gentios encontravam-se em oposição direta aos direitos divinos dados ao Papa e aos Reis Católicos.

Vitória, nessa contenda, defende que os índios possuíam com legitimidade seus territórios e poderia agir com domínio sobre eles, sem que lhes seja turbado sem justo motivo, como se explicará posteriormente, no quesito da antropofagia. (MACEDO, 2011)

Sua obra de maior relevância no direito de resistência, "Relectio Prior de Indis Recenter Inventis" (1538), ficou conhecida como a "Magna Carta da liberdade dos nativos" e conquistou um novo patamar no direito natural das gentes ao discorrer sobre os direitos dos nativos das Índias e sua relação com os espanhóis. (VITÓRIA, 1975).

2.1. Relectio Prior de Indis Recenter Inventis

Nessa obra, são tratados os temas do poder civil, do direito dos índios e do direito de guerra. Entre eles, o direito de resistência é contextualizado ao analisar a questão dos assentamentos humanos no novo continente e a relação dos espanhóis com os costumes dos povos americanos.

Na primeira parte da "Relectio", Vitória cuida em desmistificar a hipótese pela qual os bárbaros não poderiam ter justo título e domínio sobre seus territórios.

Nela, é demonstrada que, independente do estado de natureza, ou seja, não convertidos e ainda pagãos, que se encontrem os bárbaros, mesmo o pecado mortal não impediria o domínio civil e domínio verdadeiro dos gentios sobre seus territórios, sendo condenável confiscar seus bens e tirá-los a sua autoridade pelo fato de não serem cristãos, sob o pretexto de conversão forçada, ato que afastaria completamente os gentios de aceitar o Evangelho.

Os índios, mesmo não sendo cristãos, mas fazendo parte da comunidade internacional, possuem direito próprio de propriedade e soberania legítimos, pois é reto e justo que eles possam administrar e gerir seus próprios bens conquanto não sendo antinatural ou que possa causar algum tipo de dano ou ameaça à vida dos inocentes.

Na terceira parte da "Relectio", que trata sobre as razões pelas quais os bárbaros podem se tornar dependentes dos espanhóis, Vitória discorre longamente sobre diversas questões sobre as províncias bárbaras e europeias, bem como estuda sobre o direito das relações dos príncipes e dos povos gentios com os espanhóis e o Rei da Espanha.

Inicia falando sobre a relação natural que existe entre as comunidades humanas, as

gentes, como a comunicação, o trânsito, a migração e o comércio, havendo, no caso de alguma injúria ou proibição, motivo para promover contra eles guerra.

A partir questão 11, é defendido o posicionamento de que não era lícito hostilizar os povos ameríndios, como saquear-lhes seus bens ou reduzi-los ao cativeiro, caso isso torne-se obstáculo à propagação da fé, como já dito anteriormente. (VITÓRIA, 1975)

A propagação da fé cristã e a evangelização eram critérios de validade das conquistas no Novo Mundo, e caso os gentios permitissem que o Evangelho fosse pregado, mesmo que sem a aceitação do mesmo, para Francisco de Vitória, não seria lícito aos espanhóis promoverem qualquer tipo de guerra justa, conquanto não houvesse injúria que motive resistência de algum modo. (AQUINO, 2018).

A conversão forçada é condenada por Vitória pois reconhece que a pregação do Evangelho para os gentios constitui um dos princípios da boa convivência e das relações entre povos, não devendo ser por força militar e nem em caso de não conversão, cabendo aos gentios o direito à resistência natural contra a injúria externa.

Na questão de número 15, a tirania dos chefes dos bárbaros e suas leis tirânicas são motivos de resistência pelos espanhóis. Nesse momento, o direito de resistência parece ser compreendido por Vitória como possível tanto pelos bárbaros em estado de natureza, quando houver um caso de ameaça externa motivada pela conversão forçada de caráter militar promovida pelos espanhóis, bem como aos espanhóis é lícito resistir e promover guerra contra os senhores dos bárbaros em casos de tirania que oferece perigo de vida aos inocentes.

Nessa questão, a tirania e desumanidade dos chefes e das leis dos bárbaros que causem dano aos inocentes constituem motivo sólido para que os espanhóis possam proibir tais leis e que a eles é permitido defender a todos os inocentes da morte injusta. (VITÓRIA, 1975)

Trata-se da permissão aos espanhóis de impedirem os rituais de sacrifícios humanos e o canibalismo ritual dos povos astecas, no qual os próprios índios eram assassinados em oferenda aos deuses. Nesses sacrifícios, eram assassinados pelos sacerdotes astecas os prisioneiros de guerra, guerreiros distintos e uma multidão de escravos. Até o próprio rei, por vezes, deveria ter a sua parcela de corações e sangue humano oferecidos como sacrifício aos deuses pagãos. (HARRIS, 1998)

Vitória entende que é possível, lícito e obrigatório aos espanhóis resistirem militarmente

e impedirem as pessoas de serem entregues ao sacrifício, bem como obrigar os bárbaros a desistir desses rituais e, em caso do não consentimento, seria justa causa para empreender uma campanha de guerra contra eles, com todos os direitos bélicos.

O direito de resistência contra a antropofagia é entendido aqui como consequência do direito natural à preservação da vida humana, e pode ser defendido tanto pelos bárbaros quanto pelos espanhóis, ou por qualquer um que vislumbre essa ocorrência. (VITÓRIA, 1975)

Conforme o pensamento de Vitória, seria lícito buscar abolir essas cerimônias de canibalismo ritual, procurar resguardar as vítimas de qualquer perigo e formar uma resistência estruturada contra os senhores dos bárbaros, na intenção de suplantá-los.

Considera que, quando a desordem da natureza, ou seja, os atos contrários à preservação da vida e a manutenção da integridade dos corpos defuntos, são parte da estrutura e costumes do governo, é necessário que sejam trocados seus governantes e tentado suplantá-los o reino antigo.

Comenta, já no final do seu quesito, que o povo bárbaro não seria obstáculo à imposição do novo reino, mas seria favorável e adepto, visto que não mais seria causado danos ao povo, como quando deveriam entregar à morte os próprios filhos, em condições anteriores. (VITÓRIA, 1975)

Aqui, o direito à resistência empreendida competiria tanto aos espanhóis quanto aos bárbaros, como num esforço entre povos para findar uma injúria e ameaça ao bem-estar comum das nações.

3. FRANCISCO SUÁREZ

Padre Francisco Suárez foi um dos últimos juristas da Segunda Escolástica Ibérica, quase 100 anos após Francisco de Vitória, Suárez lecionou na Universidade de Coimbra e foi o responsável pela sistematização do Direito Internacional como estava sendo concebido ao longo do século por diversos intelectuais e juristas, e a sua organização como matéria de direito.

Para Suárez é a caridade que limita o poder dos príncipes e os restringe em seus deveres e funções, entendendo que a questão do poder e da relação da comunidade política com o príncipe merecia um olhar mais aprofundado. (SUÁREZ, 2011).

Sua abordagem do direito de resistência advém da ascensão da Igreja Anglicana e do

cisma de Jaime I com o Romano Pontífice da Igreja Católica. Após um período de intensas conturbações, em 1606, o rei da Inglaterra, seguindo o exemplo de sua antecessora, Elizabeth I, emitiu a nova edição do Juramento, redigida pelo primaz de Canterbury, que deveria ser jurado por todos os católicos que, se recusado, incorreria em pena de prisão perpétua e confisco de bens.

No corpo desse novo juramento, obrigava-se a confessar que o Papa não tinha poder de depor o rei da Inglaterra, nem para dar autoridade a algum outro príncipe para atacar a Inglaterra e que não possuía poder para dispensar nenhum súdito inglês da submissão ao rei, nem muito menos incitá-los à resistência armada contra o Rei. (SUÁREZ, 2015) Como explicitado anteriormente, ser cristão é um critério de legitimidade do justo título de senhorio sobre territórios dominados. Era uma noção comum a que a negação da cristandade por parte dos príncipes gerava graves sentimentos de repulsa e revolta pelos nobres e pela população, o que não raramente gerava uma resistência armada da população contra o senhor tirano. (SUÁREZ, 2015)

Francisco Suárez, na *Defensio Fidei*, explica que, para os católicos britânicos, era justamente lícito e necessário resistir ao Rei quando pede a desobediência ao Sumo Pontífice da Igreja Romana. Enquanto os católicos resistiam em jurar fidelidade ao Rei, as prisões e confiscos continuavam na Inglaterra, ao ponto que as prisões ficaram cheias de católicos, chegando ao ponto de terem sido executados dezesseis sacerdotes. É nesse contexto que aparece o padre Francisco Suárez.

À pedido do Núncio Apostólico da Espanha, Dom Decio Caraffa, foi-lhe solicitado que refutasse as novas ideias nascidas da Reforma Anglicana. Desse pedido, nasceu, então, a obra *Defesa da Fé Católica Contra os Erros da Seita Anglicana*.

3.1. *Defensio Fidei Catholicae Et Apostolicae: Adversus Anglicanae Secta Errores*

A questão da resistência encontra-se em sua obra *Defensio Fidei*, no capítulo IV do livro VI, dos quesitos 10 a 13. Nela, o Doutor Exímio, como era conhecido, estudou sobre a relação da fidelidade do Juramento ao monarca britânico e do direito de resistência à tirania.

Suárez explana a doutrina da resistência considerando a existência de dois tipos de tiranos: a do tirano sem justo título sobre o reino, e a do tirano que, embora possua justo o

título, reina tiranicamente, convertendo os bens públicos em proveito próprio, desprezando as necessidades do povo, espoliando, violentando e pervertendo os súditos. (SUÁREZ, 2015)

O Doutro Exímio condena como falsa e herética a possibilidade do tiranicídio do príncipe com posse justa, utilizando-se da premissa de que o julgamento e a escolha das penas pelos delitos não são confiados a todo o povo, mas confiados ao poder público e ao poder jurisdicional do Estado e que, de outro modo, dar-se-ia início a uma revolução, com o sucedâneo de homicídios e destruições públicas sem limites (SUÁREZ, 2015).

Suárez considera, todavia, lícito matar o príncipe quando ele é um inimigo danoso, ou seja, quando ele é um tirano ou invasor que não possui justo título sobre o território. Porém, caso haja uma maneira de se retirar o tirano do poder sem derramamento de sangue, é lícito que se procure esta maneira e torna-se ilícito o assassinato do príncipe sem que se tente exaustivamente outras formas de se recobrar a paz e estabilidade da nação.

“E então certamente será lícito resistir ao príncipe, e até mesmo matá-lo, se não for possível defender-se de outro modo, tanto porque, se isto é lícito para a própria vida, muito mais o é para o bem comum, quanto também porque a própria cidade ou República tem então justa guerra defensiva contra o invasor injusto, mesmo que seja seu próprio Rei. Portanto, qualquer cidadão, enquanto membro da república e por ela movida expressa ou tacitamente, pode no conflito defender a República do modo que for capaz” (SUÁREZ, 2015).

Mesmo com essa conceituação e o estudo suareziano em torno dos conceitos e aplicações do direito de resistência e do tiranicídio, o enfoque maior da *Defensio Fidei* é, de fato, o da resistência dos católicos ingleses contra o poder tirânico de Jaime I e de seu Juramento de Fidelidade.

Nesse ponto, o poder que o rei exerce, como defendido por Suárez, é de que Jaime usurpa do Romano Pontífice o poder espiritual e busca sacralizar a instituição política de seu reinado com uma prerrogativa divina, trazendo para si a prerrogativa de reinar com direito divino, quando a ele só haviam sido concedidos direitos régios e civis. (SUÁREZ, 1978)

Suárez entende que é lícito ao rei exigir a fidelidade de seus súditos através de juramentos. Porém, esse juramento pode ser de 4 tipos: o juramento de obediência civil; o segundo é o qual se jura que o rei é o supremo senhor da ordem eclesiástica; o terceiro entende-se como misto, enquanto se jura fidelidade ao rei

tanto civilmente quando na esfera do sagrado; e o quarto juramento é o misto camuflado, o qual, enquanto se jura obediência civil ao rei, abjura-se a obediência devida ao Romano Pontífice como governante de poder espiritual; o juramento que Jaime I enquadra-se nessa quarta classificação, já que aparenta ser somente um juramento temporal, mas possui influência na espiritual. (SUÁREZ, 1978)

Surpassando sua esfera de competência, Suárez analisa que o rei cristão legítimo mas que traiu a sua fé e passou a governar tiranicamente deve ser deposto e tratado como usurpador. Ora, o Romano Pontífice possuía grande influência na deposição dos reis cristãos, na medida em que lhe seja declarada ilegitimidade pelo crime de heresia e seja provado que reina tiranicamente, causando grave dano ao bem comum de seus súditos.

A resistência ao tirano que negou a fé e a obediência ao Papa, afim de dominar tanto temporalmente quanto espiritualmente, causando, assim, dano considerável aos cristãos por meio de perseguição religiosa, não gera, somente, resistência em matéria de ordem temporal, mas religiosa, porquanto, nos dizeres do padre Suárez, os ditos crimes de lesa majestade, na verdade, são de ordem religiosa e puramente pacífica. (SUÁREZ, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, que o direito de resistência tem sido uma forma justa de resguardar o bem comum dos povos e gentes ao redor do globo, frente à uma institucionalizada e formalizada repressão protagonizada pelos senhores e príncipes do mundo.

Foi pela resistência dos espanhóis e dos gentios das Américas que a antropofagia e os sacrifícios humanos cessaram, através de uma verdadeira guerra social, que foi desde salvar as vítimas encarceradas destinadas à matança ritual, à empreitadas militares espanholas para dominar, fazer cessar os assassinatos dos inocentes e dar digno respeito aos corpos dos defuntos, impedindo que fossem profanados e utilizados como troféus de guerra.

Se na América o direito de resistência foi uma força que ajudou os povos americanos a alcançarem maior liberdade e a proteger a vida do seu povo, na Inglaterra, a repressão estatal aos católicos, por não aceitarem jurar contra o Romano Pontífice, foi uma força avassaladora e que ainda hoje, na era contemporânea, surte efeitos duradouros.

O Juramento a Jaime I foi a mão forte e implacável do Reino da Inglaterra que ignorou

as tratativas de Roma pela integridade da vida e da fé dos católicos ingleses. A resistência em que os católicos se mantiveram foi a representação viva da luta pelos direitos humanos das gentes, independente da forma de repressão que possa ocorrer a eles. A resistência religiosa contra o Estado e contra Igreja Anglicana foi o puro e legítimo exercício da liberdade e do direito à religião, que foi exercido mesmo mediante a espada.

Longe de ser um direito bélico ou rebelde, o direito de resistência é o exercício da liberdade e da luta contra a ameaça e a injúria promovida contra os inocentes. Seus sujeitos são os cidadãos e os homens livres do povo, seja nativo do local, seja estrangeiro. Como Francisco Vitória explica na *Relectio*, a defesa e luta pela salvaguarda dos inocentes é motivo suficiente para resistir contra o ofensor, sem lhe dar trégua e garantir a vitória real sobre a ameaça à vida, à fé e ao bem comum dos povos. O objeto da resistência é a ofensa aos direitos naturais das gentes, gravado na consciência das nações e praticado no seu convívio social como elemento constituinte dos valores de uma sociedade.

E a finalidade da resistência é a manutenção da vida humana, de maneira íntegra, segura e plena, procura assegurar a paz entre as nações, contra aqueles que buscam a tirania e o poder totalitário, além de ser um instrumento eficaz de assegurar as liberdades individuais, bem como a liberdade de religião e de prática religiosa pública, sem que lhes seja tolhidos seus direitos, mesmo quando são ameaçados com a perda da vida, o confisco de seus bens e toda sorte de males.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ALENCAR, Flávio Lemos. A Política Religiosa da Monarquia Inglesa sob Jaime Primeiro e a Crítica de Francisco Soares na *Defensio Fidei* (1613). Universidade Federal Fluminense. Niterói. 2012.
- AQUINO, Tomás. Suma Teológica. 1º Parte, v. 2. Editora Loyola. 2018. (Coleção Suma Teológica).
- BÊCO, Artur Castro Brasil. O Tiranicídio em Tomás de Aquino. Fortaleza. 2023.
- BERNAL, Daniel Ricardo Martínez. La resistencia y la resistencia civil: la importancia de la teoría no violenta. *Papel Político*, 21(2), 343-371. 2016.
- CICERO, Marcus Tullius, et al. *Los Oficios de Ciceron*. Nabu Press. 2012.
- DANZINGER, Danny, et al. *1215: The Year of Magna Carta. Reprint*. Editora Touchstone Books. 2016.
- GOFF, Jacques Le. A Civilização Do Ocidente Medieval. Edusc. 2005.

- GOFF, Jacques Le. Em Busca Da Idade Média. 6°. Civilização Brasileira. 2005.
- HARRIS, Marvin. O reino canibal. N. 37, p. 32-43. Travessia. 1998.
- HERNÁNDEZ, Francisco. Antigüedades de la Nueva España. Madrid: Dastin.2000.
- HOBBS, Thomas. Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um estadoeclesiástico e civil. 2° Edição. Martin Claret. 2001.
- HOSS, Ricardo. Elementos fundamentais do direito internacional em FranciscoSuárez (1548-1617). São Leopoldo. 2007.
- HUGO, Victor. Noventa e três: Edição comentada e ilustrada. Editora 93. 2022.
- JUNIOR, Joel Decothé. Sobre o bem comum como cerne do pensamentopolítico de Francisco Suárez referente o problema de resistência ao governotirânico. Synesis. v. 10, n. 1, p. 124-146. 2018.
- JUNIOR, Waldir Miguel dos Santos. Procedimento inquisitório: refutando à ignorância, rumo à construção do estado democrático de Direito. RevistaEletrônica do Curso de Direito (PUC Minas Serro) , v. 2013, p. 35- 46, 2013.
- MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. O mito de Francisco de Vitória:defensor dos direitos dos índios ou patriota espanhol?. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 9, n. 1, p. 1-13, jan./jun. 2012.
- MARTÍNEZ, Mario. La resistencia civil examinada: de Thoreau a Chenoweth. Polis, Revista Latinoamericana. 43. 2016
- MARTÍNEZ, Mario. Ni paz, ni guerra, sino todo lo contrario. Granada: Educatori. 2012.
- MCILWAIN, Charles Howard (ed.). The Political Works of James I. With na Introduction. Cambridge. Harvard University Press. 1918.
- MERCADO, Matías Monasterio. Una revisión del derecho de resistencia. 2021. Disponível em: http://www.scielo.org.bo/pdf/racc/n30/n30_a05.pdf. Acesso em:09/agosto/2023.
- MURRAY, Douglas. A guerra contra o Ocidente. Avis Rara. 2022.
- OLAUSSEN, Peter. Sveriges Historia: från forntid till nutid. Suécia: OrdalagetBokförlag. 2018.
- OPORTO, Pablo Font. El núcleo de la doctrina de Francisco Suárez sobre la resistencia y el tiranicidio. Editora Pensamiento. 69. 2013.
- OPORTO, Pablo Font.Tipos de tirano y resistencia en Francisco Suárez. Analesde la Cátedra Francisco Suárez. 2017.
- PÁEZ, Julio Quiñones. Sobre el concepto de resistencia civil em ciencia politica. Ciencia Política. nº 6. p. 150-176. 2008.
- PERNOUD, Régine. A Idade Média contada aos meus sobrinhos. Trilha Literaria– Permanencia. 2001.
- PERNOUD, Régine. The Age of Charlemagne (English Edition). 1°. Ebook KindleAmazon. 2016.
- SEVILHA, Isidoro de. Etimologias. Madrid. BAC, 1983, v. 1 e 2.

SILVA, Lucas Duarte. O direito de resistência e o tiranicídio no pensamento político de Juan de Mariana: contextualização, apresentação e a justificação do direito de resistência. Porto Alegre. 2017.

SOUTO, Luana Mathias. Do tiranicídio ao impeachment: as formas de destituição do poder. Belo Horizonte. 2017.

SOUZA, Eulrieris Ramos de. A lei nova na teologia moral de santo Tomás de Aquino. Goiânia. 2022.

SUÁREZ, Francisco, *et al.* Defesa da Fé Católica. Edição compilada. Concreta. 2015. (Coleção Salamanca).

SUÁREZ, Francisco. *Defensio Fidei Catholicae Et Apostolicae: Adversus Anglicanae Sectae Errores*. Nabu Press. 2012.

SUÁREZ, Francisco. *Defensio Fidei III*. Introd. Y Edición crítica bilíngue por E. Elordy y L. Pereña. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas. 1965.

SUÁREZ, Francisco. *De Iuramento Fidelitatis*. Documentación Fundamental. Edición crítica bilíngue por L. Pereña, V. Abril y C. Baciero. Madrid: Consejo Superiorde Investigaciones Científicas. 1978.

SUÁREZ, Francisco. *Tractatus De Legibus Ac Deo Legislatore*. Edição Basca. Espanha: Jakin Argitaletxea. 2011.

SUÁREZ, Francisco. *Tractatus De Legibus Ac Deo Legislatore*. Editora Jakin Argitaletxea. 2011.

VITÓRIA. Francisco de. Relecciones sobre los Inidios y El Derecho de Guerra. 3ªEdição. Editorial Espasa-Calpe, S.A. 1975.

MIGRAÇÕES TRANSNACIONAIS E O DESORDENAMENTO ENTRE OS ENTES FEDERADOS NO BRASIL: FALHA NO FEDERALISMO E O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM)

Raíssa dos Santos Bohn¹

RESUMO

O presente artigo tem como problema de pesquisa analisar se existe diálogo entre os entes federados no Brasil para fins de interiorização dos migrantes transnacionais no País, bem como na edição e adoção de políticas públicas migratórias para acolhimento dos migrantes pelos Estados e Municípios brasileiros? A hipótese inicial foi que tendo em vista a flagrante omissão estatal na edição de políticas públicas e em estabelecer o diálogo entre os entes federados para acolhida e recepção dos migrantes no País, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) exerce relevante papel na tentativa de suprir lacunas e promover o diálogo, discussão e adoção de políticas públicas pelos entes federados. Utilizou-se a metodologia de pesquisa o método dedutivo, quanto ao método de procedimento, o monográfico, e com relação às técnicas de pesquisa, a bibliográfica. Conclui-se que a Organização Internacional para as Migrações (OIM) assume importante e relevante papel na tentativa de suprir lacunas e promover o diálogo, discussão e adoção de políticas públicas pelos entes federados no Brasil, face a flagrante omissão estatal na edição de políticas públicas e em estabelecer o diálogo entre os entes federados para acolhida e recepção dos migrantes no País. Destaca-se, outrossim, a necessidade de criação de um ente ou autoridade central para promover a integração entre os entes federados em matéria de migração, proporcionando o tratamento igualitário dos transmigrantes no País em diferentes entes da federação e evitando violações aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Palavras-chave: Migrações Transnacionais. Federalismo. Entes federados. Ausência de diálogo. OIM.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização influenciou notáveis transformações tanto no mundo quanto na sociedade, incluindo o processo migratório que agora ganha relevo transnacional, indo além das fronteiras físicas dos Estados.

¹ Advogada. Mestranda em Direito das Migrações Transnacionais pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Acadêmica bolsista da UNIVALI. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville.

No Brasil, com o intuito de regular o fluxo migratório, foi publicada a Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017 que instituiu a Lei de Migração no País. A nova legislação atribui a fixação de diretrizes para a participação dos estados federados, considerando, sobretudo, o modelo de estado federal adotado no Brasil – o qual prevê a repartição de competências entre os entes federados –.

Desse modo, como problema de pesquisa do presente artigo, tem-se que, existe diálogo entre os entes federados no Brasil¹ para fins de interiorização dos migrantes transnacionais no País, bem como na edição e adoção de políticas públicas migratórias para acolhimento dos migrantes pelos Estados e Municípios brasileiros?

Acerca da hipótese de pesquisa, tendo em vista a flagrante omissão estatal na edição de políticas públicas e em estabelecer o diálogo entre os entes federados para acolhida e recepção dos migrantes no País, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) exerce relevante papel na tentativa de suprir lacunas e promover o diálogo, discussão e adoção de políticas públicas pelos entes federados.

Justifica-se a discussão do presente tema considerando que, passados mais de seis anos desde a publicação da Lei nº 13.445/2017, inexistiu qualquer regulamentação ou estabelecimento de diretrizes para definição das competências dos entes federados no Brasil, permanecendo um vácuo organizacional que revela além de falha no federalismo, evidente desinteresse público sobre a matéria.

O objetivo geral do presente artigo é analisar a recepção dos migrantes transnacionais no Brasil, sob a ótica da nova lei de migração e a (in)existência de diálogo entre os entes federados – e a flagrante falha no modelo de estado federal –.

Os objetivos específicos são compreender o novo conceito de migrante, tendo em vista o fenômeno da migração transnacional; analisar a Lei de Migrações no Brasil sob a ótica do federalismo e a (in)existência de diálogo entre os entes federados no assunto – notadamente entre estados e municípios – gerando um vácuo organizacional e demonstrar o relevante papel da OIM no país na tentativa de suprir as lacunas existentes.

O presente trabalho utiliza como método de pesquisa o dedutivo. Isso porque analisa-se como premissa maior o fenômeno de migração transnacional. A premissa menor diz respeito

¹ Consideram-se entes federados os Estados, Municípios e o Distrito Federal.

à análise da recepção e interiorização dos migrantes no Brasil e a ausência de diálogo entre os entes federados no assunto, destacando-se a relevância das ações da OIM no País para desenvolvimento de políticas públicas e interiorização dos migrantes. A conclusão, ao final do trabalho, analisará que, de fato, inexistente diálogo entre os entes federados, bem como a necessidade e importância das ações da OIM – além da necessidade de definição de políticas públicas e de um órgão central para viabilizar a comunicação entre os entes da federação.

No que concerne ao método de procedimento trata-se do método monográfico, haja vista o estudo do conceito de migrações transnacionais, assim como a análise específica da Lei de Migrações no Brasil e sua aplicação prática.

A técnica de pesquisa é a bibliográfica com a leitura de artigos publicados, livros e legislações como fomento do conteúdo produzido.

Este artigo está dividido em três tópicos de desenvolvimento. A seção a seguir trata acerca do novo conceito de migrante, considerando o fenômeno de migração transnacional. A segunda seção versa acerca o federalismo e a Lei de Migração no Brasil, explicitando que inexistente diálogo entre os entes nacionais, a falha no federalismo – e ausência de interesse público – e o vácuo organizacional existente sobre o assunto. Por fim, a última seção aborda sobre o importante papel desempenhado pela Organização Internacional para Migrações (OIM) na tentativa de suprir as lacunas existentes no País.

1. MIGRAÇÃO TRANSNACIONAL: NOVO CONCEITO DE MIGRANTE

O processo migratório atual apresenta-se como uma relação transnacional. Isso porque, o fluxo migratório que ocorria anteriormente em que o migrante deixava para trás a sua cultura, raízes, família e ancestralidade, não mais existe (GORGES, 2022), notadamente em razão do avanço do processo de globalização com a facilitação dos meios de comunicação.

Como destacam Piffer e Cruz (2017, p. 122), atualmente os Estados defrontam-se com suas soberanias relativizadas e enfraquecidas em razão da globalização, limitando-se a capacidade interna de regular o ordenamento jurídico e as estruturas políticas vez que as relações não estão mais limitadas às fronteiras geográficas impostas.

Hodiernamente, a migração transnacional conceitua-se como o processo em que o

“imigrante traz consigo toda sua bagagem cultural e social e a insere no novo país, estabelecendo novas interconexões com os territórios distintos” (SOBRINHO; SIRIANNI; PIFFER, 2014, p. 1164). Logo, o vínculo com o país de origem permanece, não sendo rompido, além de iniciar a constituição de uma nova relação no país de destino.

Neste sentido, tem-se a formação das redes migratórias e o fator humano dentro do processo de migração, proporcionando a manutenção da multiplicidade das relações de origem econômica, familiar, religiosa e política. Aliás, é de se ressaltar que nem mesmo as políticas migratórias mais rígidas, como da União Europeia, são capazes de conter e sobrestar tais redes migratórias e sua transnacionalidade (PILAU SOBRINHO, SIRIANNI, PIFFER; 2014).

Desse modo, ainda que os países – ou ainda os blocos econômicos – tentem inibir ou cessar a existência de multiculturalidades e o caráter transnacional do fenômeno migratório, tem-se como ineficaz e fracassada. Aliás, rechaça-se a prática separatista de culturas uma vez que além de fomentar a xenofobia, viola e afronta aos direitos humanos.

Os direitos humanos, assim instituídos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, estipulou o compromisso de todos os Países-Membros no “respeito universal aos direitos e liberdades fundamentais do ser humano e a observância desses direitos e liberdades”. O documento ainda prevê em seu artigo 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, garantindo ainda a todo o ser humano os direitos para assim ser reconhecido como pessoa perante a lei em qualquer lugar (art. 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos) (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Flávia Piovesan (2009, p. 108) conceitua que os direitos humanos se inspiram em uma dupla vocação “afirmar a dignidade humana e prevenir o sofrimento humano”, pontuando ainda que o valor da dignidade humana é intrínseco à condição humana e não extrínseco – sem vinculação, portanto, à condição social, econômica, nacional ou religiosa –.

Gorges (2022, p. 14) define os direitos humanos como “o conjunto de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais de liberdades fundamentais inerentes a todos os seres humanos”, acrescentando ainda que em se tratando migrações tais conjuntos de direitos aumentam tendo em vista o cenário internacional e a amplitude de direitos.

No processo migratório, contudo, flagrantes violações a tais direitos tendem a

acontecer, notadamente porque “o que se verifica é a existência de uma variedade de conotações atribuída ao migrante transnacional, estando muitas vezes carregadas de significados negativos” (PIFFER; CRUZ, 2017, p. 131). Como assevera Bauman (1999, p. 85), “hoje em dia estamos todos em movimento”, explicitando que ou são turistas ou vagabundos – fazendo alusão positiva à expressão “turistas” que estão no país alheio apenas transitoriamente, movimentando a economia local com os montantes financeiros que ali deixam, enquanto os “vagabundos”, em conotação negativa, são os “intrusos” e “remanescentes” que invadem o espaço de outrem –.

Logo, os transmigrantes são vistos como “os outros” perante “nós”, supostos “donos” daquele lugar onde pretendem instalar moradia, tomando proporções ainda maiores quando instaladas as redes migratórias em que há a inclusão e inserção dos novos migrantes recém-chegados, ou que ainda estão a caminho (SOBRINHO; SIRIANNI; PIFFER, 2014).

Nesta perspectiva surge o discurso apontado por Bauman (2017, p. 07) do “pânico migratório”, notadamente incutida por noticiários, manchetes de jornal e discursos políticos fazendo referência a uma “crise migratória” – entretanto, o fluxo migratório em massa não se trata de um acontecimento recente –. Isso porque, incutir o medo, a repugnação e a necessidade de afastamento do “desconhecido” perante a sociedade é, por óbvio, muito mais fácil para o Estado do que desenvolver ou implementar qualquer política pública que vise a integração perante a sociedade dos migrantes (SOBRINHO; SIRIANNI; PIFFER, 2014).

Não obstante, o fenômeno da migração transnacional é inevitável e, por tal motivo, devem os Estados “pautar suas políticas migratórias dentro de um contexto de controle de soberania para assegurar uma coesão disciplinada das políticas públicas de índole constitucional” (GORGES, 2022, p. 09).

2. O FEDERALISMO E A LEI DE MIGRAÇÃO NO BRASIL: AUSÊNCIA DE DIÁLOGO ENTRE OS ENTES FEDERADOS

Na tentativa de regulação do fenômeno migratório no Brasil, fora publicada a Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017 que institui a Lei de Migração dispondo sobre os direitos e deveres do visitante e migrante, regulando sua entrada no País e estadia bem como estabelecendo os princípios e diretrizes para políticas públicas para o emigrante, nos termos do

art. 1º, *caput*, da mencionada Lei (BRASIL, 2017).

Apesar dos avanços obtidos com a edição da novel legislação, tendo em vista a abertura e humanização ao estrangeiro – efetivando o *status* jurídico no País – na qualidade de sujeito de direitos individuais e sociais, sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade, igualmente estendendo tais garantias inclusive ao estrangeiro irregular, pondera-se a flagrante insegurança jurídica quanto aos órgãos para regulação de políticas públicas e as diretrizes de participação dos entes federativos – e os respectivos diálogos e limites – (DAL RI; FERREIRA, 2018).

Em análise realizada sobre a nova lei de migração, Luciene Dal Ri e Manuela Fernanda Gonçalves Ferreira (2018, p. 100) apontam sobre a insegurança jurídica face as omissões presentes na legislação:

A insegurança jurídica ocorre também por meio de omissões quanto a quais órgãos responderão pelas competências previstas. Na lei consta com frequência atribuições ao “órgão competente do Poder Executivo”, sem indicar qual em específico. A previsão do artigo 114 de que “Regulamento poderá estabelecer competência para órgãos do Poder Executivo disciplinarem aspectos específicos desta lei”, mantém a possibilidade de instabilidade de atribuição de competências e dificulta ao estrangeiro o acesso ao serviço público. A lei também não denota diretrizes claras para a colaboração entre os entes federativos, a participação da sociedade civil e de organismos internacionais, no que concerne ao tratamento dado ao imigrante. A discricionariedade que se abre, permite tratamentos distintos pelos órgãos competentes e a violação do princípio da igualdade, bem como torna ainda mais vulnerável a situação do imigrante.

Constata-se a ausência de uma previsão clara acerca das diretrizes e competências dos entes federativos em matéria de migração, abrindo margem para discricionariedades e tratamentos desiguais entre migrantes em diferentes Estados e Municípios da federação, implicando em ainda mais vulnerabilidade àqueles que já se encontram à margem da sociedade.

Gorges e Piffer (2021, p. 06) asseveram que há um vácuo organizacional entre os entes federados quando se trata de política pública migratória, inexistindo “diálogo institucional entre a atividade de política migratória e o Poderes Executivos estaduais e municipais com vistas a planejamento, nem mesmo entre os órgãos do município”.

A ausência de diálogo entre os entes da federação é herança e consequência da omissão na Lei de Migrações já que restou silente na previsão de diretrizes e competências de cada ente federado acerca do tratamento ao migrante.

Sabe-se que a principal característica do modelo de Estado federal é a descentralização do poder, conferindo maior autonomia aos entes federados – no caso do Brasil, ao Distrito Federal, Estados e Municípios –. Neste diapasão, Bessa Maia e Sombra Saraiva (2016) destacam que o modelo de estado federal proporciona um governo compartilhado, promovendo a participação dos entes federados. Isso em razão do federalismo oportunizar a repartição de competências com as unidades federados.

Kincaid (2018) salienta o modelo de estado federal é adaptável a países com grandes extensões territoriais, como no caso do Brasil, com diferenças regionais expressivas. Ainda, define o federalismo como “uma forma de organização política na qual o governo central, estados e municípios compartilham o poder de administrar uma nação”.

No Brasil, o art. 1º, *caput*, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê expressamente que o País – República Federativa do Brasil – é formado pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Ato contínuo, a Constituição Federal de 1988 adotou a indissolubilidade do pacto federativo, sendo cláusula pétrea consagrada no art. 60, §4º, inciso I, da CRFB, não podendo ser objeto de deliberação a proposta de emenda à constituição a fim de abolir a forma federativa de Estado.

Inferese-se que apesar da previsão de repartição de competências entre os entes federados ser a essência do federalismo, a ausência de diretrizes e previsões claras acerca dos limites e atuações dos demais entes da federação em matéria de migração na nova legislação publicada, propicia a violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade – já que inexistido regulações, o tratamento desigual entre migrantes é uma realidade no País –.

Em tempo, é de se ponderar ainda que sequer existe o diálogo entre os entes federação quando se trata de temas migratórios. Sobre o tema, Gorges (2022, p. 15) assinala que as cidades recebem, inesperadamente, significativo número de pessoas e famílias transmigrantes “sem que houvesse um maior preparo em relação aos temas migratórios e uma clara divisão de responsabilidades entre Municípios, Estados e União [...] revela a inexistência de diálogo entre os entes da federação”.

Emerge, assim, a necessidade de edição de políticas públicas, definindo e estabelecendo diretrizes claras acerca da atuação dos entes federados, bem como da criação de uma “autoridade nacional/central migratória que possa estabelecer procedimentos a serem observados por todos os estados e municípios da federação para integração dos migrantes transnacionais” (GORGES, 2022, p. 12).

2.1. Falha no federalismo ou falta de interesse público em acolhimento ao migrante transnacional?

Conforme dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE em agosto de 2019, tão somente 5,5% dos municípios brasileiros que possuem registros de migrantes em seu território possuem algum serviço de gestão migratória, correspondendo a apenas 215 municípios dos 3.876. Ao analisar todos os 5.570 municípios brasileiros, inclusive aqueles que não possuem registros de migrantes, o número aumenta para 232, contudo, a proporção diminui para 4,1% (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2019).

Constatou-se ainda que “apenas 75 municípios tinham mecanismos de cooperação na promoção e desenvolvimento das políticas públicas locais voltadas aos imigrantes” (AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS, 2019). Desse modo, é possível afirmar que praticamente inexistem políticas públicas sobre a situação migratória no País, sobretudo em razão da ínfima porcentagem de municípios brasileiros que ofertam algum tipo de serviço ao migrante.

Desse modo, considerando a flagrante omissão estatal do governo brasileiro em assunto migratório – em razão da ausência de previsão e fixação de diretrizes na Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017 que institui a Lei de Migração – é possível observar a falha do modelo de estado federal, implicando ainda em graves violações aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade com o tratamento desigual em diferentes entes da federação.

Ato contínuo, importante trazer à tona ainda o evidente desinteresse público na edição de políticas públicas ou na criação de diretrizes para a adoção dos procedimentos – e fixação das competências – dos entes federados para a integração dos migrantes transnacionais ao País. Passados mais de seis anos desde a publicação da Lei nº 13.445/2017, ainda há um vácuo de comunicação e regulação sobre a matéria – em que pese a demanda por atendimentos e

serviços aos migrantes nos municípios brasileiros –.

É de se ponderar que no caso do Brasil, vários dispositivos constantes na Lei de Migração¹ condicionam à regulamentação posterior, a ser elaborada pelo Poder Executivo Federal (DAL RI; FERREIRA, 2018). Tal situação contribui e colabora para que a omissão estatal se perpetue, especialmente porque está atrelada às variações políticas no País e às ideologias dos governos – situação que ocorrera nos últimos anos no Brasil, notadamente no mandato de 2019 a 2022², que não foram benéficos no sentido de promover a inclusão dos migrantes no País, bem como em viabilizar, adotar e editar políticas públicas sobre o tema.

A ausência de interesse público do Estado em criar e implementar uma política pública de integração dos transmigrantes perante a sociedade advém em razão na conveniência de “manter viva a figura amedrontadora do transmigrante”, conforme apontam Pilau Sobrinho, Sirianni e Piffer (2014, p. 1172).

Bauman (2017, p. 08) igualmente assevera sobre o chamado “pânico migratório” incutido socialmente por veículos de comunicação em massa e discursos políticos, incutindo um “estado mental politicamente explosivo – com políticos oscilando com dificuldade entre os desejos incompatíveis de satisfazer seus amos detentores de capital e aplacar o medo dos eleitores”.

Logo, o discurso político aproveita-se do pânico social e da suposta “ameaça” provocada por àqueles “estranhos à nossa porta” (BAUMAN, 2017) a fim de angariar votos de seus eleitores.

Ainda, é de se pontuar que em razão da limitação dos direitos políticos dos migrantes – não podendo votar e ser votado devido as restrições constitucionais estampadas no art. 14, §2º e §3º, inciso I, da Constituição Federal – emerge e deixa claro mais uma razão do desinteresse público do Estado e dos representantes eleitos.

Pelo exposto, infere-se que além da falha na definição e estabelecimento de diretrizes entre os entes federados em matéria de migração, notadamente quando a nova legislação foi

¹ Sobre o tema, a título exemplificativo, vide artigos 4º, inciso XII; 5º, inciso IX; 9º; 13, inciso V; 14, inciso III; 15, entre outros.

² Vide: UOL. **Migrações – Governo de Bolsonaro abandona pacto mundial das migrações da ONU**, 2019. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/migracoes---governo-de-bolsonaro-abandona-pacto-mundial-das-migracoes-da-onu.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2023.

publicada – implicando, assim, em falha do modelo de estado federal em matéria de migrações – há ausência de interesse público sobre a matéria – aqui fazendo referência aos governantes e representantes eleitos – considerando especialmente a limitação dos direitos políticos dos migrantes que não podem exercer o direito ao voto.

2.2. O Vácuo Organizacional entre os entes Federados em Assunto Migratório

A Lei de Migração nº 13.445 publicada no Brasil em 2017 ainda que preveja a garantia de direitos sociais e individuais ao migrante, sendo um avanço no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que “por mais que haja aspectos programáticos inseridos na nova lei de imigração, a realidade posta não consegue acompanhar o fluxo migratório” (GORGES; PIFFER, 2021, p. 14), sobretudo quando verificada a flagrante inércia estatal.

Fato é que além de inexistir qualquer política pública a fim de promover a inserção social e o acolhimento dos transmigrantes no País, não há qualquer interação com os demais entes federados a fim de dimensionar a qualificação e a quantidade de migrantes que estão residindo ou apenas de passagem pelos municípios brasileiros (GORGES; PIFFER, 2021).

A falta de diálogo entre os entes federados já foi inclusive relatada e constatada por meio da Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC publicada em 2018 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ponderando que a gestão migratória deveria ser assunto e responsabilidade das três esferas de poder, com o ente federal realizando a gestão das entradas e saídas dos migrantes – com a regularização e regulação – bem como o alinhamento da cooperação internacional. Já o outro eixo importante estaria ligado aos estados e municípios, proporcionando a integração por meio do ensino de idioma, geração de emprego e renda, acesso a moradia e outros serviços. Verifica-se, assim, a necessidade de cooperação nos três níveis da federação (IBGE, 2018).

Como asseveram Goerges e Piffer (2021, p. 05), as políticas públicas no Brasil em assunto migratório, principalmente a nível municipal, representam “fagulhas momentâneas e sem continuidade”. A definição ganha relevo mormente quando atestada a inexistência de cooperação entre os entes da federação.

Aliás, é de se destacar que “a vida acontece nas municipalidades” e em razão da

ausência de qualquer diálogo entre os entes federados, os municípios são surpreendidos com a chegada de migrantes sem qualquer conhecimento prévio sobre as necessidades sanitárias, educacionais, laborais ou habitacionais para atendimento e inserção social (GORGES, 2022, p. 18).

Sobre o tema, o estudo realizado pela Agência da ONU para Refugiados (ACNUR) em conjunto com a ONU Mulheres e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) intitulado “Oportunidades e desafios à integração local de pessoas de origem venezuelana interiorizadas no Brasil durante a Pandemia de Covid-19”, elucida as dificuldades enfrentadas pelos migrantes no processo de interiorização no Brasil – já que muitas vezes sequer os próprios migrantes possuem conhecimento e informações suficientes sobre o município de destino no processo de interiorização. O estudo ainda elucida que no processo de interiorização a parte mais árdua é realizada e operacionalizada pela parte menos robusta, ou seja, os municípios. É constatada a ausência de uma política nacional centralizada acerca do tema no Brasil a fim de observar as particularidades de cada caso – analisando as realidades específicas dos municípios e o perfil sociodemográfico dos migrantes e refugiados –. Neste sentido, com o intuito de sanar tais vácuos de comunicação e organização, pondera-se que os Núcleos de Interiorização poderiam atuar de forma mais operacional na rede de acolhimento aos migrantes, diminuindo a pressão na ponta de atendimento que recai sobre os municípios. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2022).

A ausência de comunicação entre os entes federados para acolhimento e integração dos migrantes gera, como consequência, a falha no atendimento qualitativo acerca das demandas dos migrantes, proporcionando tratamento desigual entre os transmigrantes – que já estão em situação de vulnerabilidade – e sobrecarregando os Municípios (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2022).

O estudo apresentado pela ACNUR (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2022) ainda aponta que o diálogo ínfimo entre os entes federados – especificamente entre os estados e municípios – para a articulação do processo de interiorização demonstra referido processo de acolhida dos migrantes acabou sendo iniciado apenas para aliviar os impactos na fronteira do País, sem um diálogo mais abrangente internamente. Como consequência, a ausência de um planejamento e o aumento do número de pessoas acolhidas por meio do processo de interiorização, agravam-se os problemas de coordenação e acolhida dos migrantes –

especialmente à nível municipal.

Isto posto, infere-se a premente necessidade de estruturação de um plano nacional e que seja “federativo em verdade” (GORGES; PIFFER, 2021, p. 15) por meio do diálogo entre os entes federados a fim de sanar o vácuo organizacional existente, além da adoção de políticas públicas para acolhimento e integração dos migrantes transnacionais no Brasil, garantindo-lhes a efetividade dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

3. A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM): TENTATIVA DE SUPRIR LACUNAS

Face a flagrante omissão do governo central no Brasil em promover a adoção de diretrizes para o diálogo dos entes federados em matéria de migração, aliado à ausência de incentivo na edição de políticas públicas de integração e interiorização dos transmigrantes, a Organização Internacional para as Migrações assume importante e relevante papel na tentativa de suprir as lacunas existentes.

A Organização Internacional para as Migrações (OIM) é uma agência da Organização das Nações Unidas (ONU) voltada para o assunto migratório. É o principal órgão intergovernamental em migrações atuando em estreitar a cooperação com entes governamentais, intergovernamentais e não-governamentais. No Brasil, a OIM possui sede em Brasília além de estar presente em outras 11 cidades: Belém, Belo Horizonte, Boa Vista, Curitiba, Florianópolis, Manaus, Pacaraima, Porto Alegre, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo (OIM, 2023).

Por meio da plataforma “MigraCidades: Aprimorando a Governança Migratória Local no Brasil” oriundo de uma parceria entre a Organização Internacional para as Migrações (OIM) e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com o apoio da Escola Nacional de Administração Pública, possui como objetivo a capacitação dos atores locais, impulsionando o diálogo sobre migração, certificando os governos interessados em aprimorar as políticas migratórias, bem como dar visibilidade às boas práticas adotadas por estados e municípios do Brasil (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Neste sentido, a plataforma (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2020) disponibiliza o processo de certificação voltado aos agentes públicos para o desenvolvimento e diagnóstico de políticas públicas bem como aprimoramento da governança local, cursos online e

o banco de boas práticas com exemplos ações adotadas por outros estados e municípios para acolhida dos transmigrantes.

Dentre os cursos oferecidos na plataforma MigraCidades, em que o conteúdo fora desenvolvido pela Organização Internacional para Migrações voltados para os agentes públicos municipais e estaduais – seja para o desenvolvimento de políticas públicas ou para a prestação de atendimento e assistência aos migrantes – mencionam-se a título exemplificativo os cursos “Aprimorando a Governança Migratória Local”, “Políticas Públicas e Programas para Migrantes” e “Proteção socioassistencial a Migrantes em situação de vulnerabilidade ou violação de direitos”, além de outros cursos sobre o tema disponíveis de forma online em referida plataforma (ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP, 2020).

Ademais, também por iniciativa da OIM e UFRGS, por meio de uma parceria entre a plataforma MigraCidades e o Núcleo de Pesquisa em Gestão Municipal (Nupegem/UFRGS), foi lançado o guia “Políticas locais sobre migração: Formulação e desenho da política pública” em 29 de novembro de 2022. O documento, principalmente direcionado a gestores públicos, bem como para interessados sobre o tema, busca auxiliar os órgãos públicos na elaboração, desenvolvimento e debate sobre a formulação de políticas públicas em matéria de migração, apresentando ainda a metodologia “Ciclo de Políticas Públicas” (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2022).

Em breve resumo, verificam-se os objetivos, metodologia e constatações apresentados no guia lançado, que apresenta o desenvolvimento das políticas públicas em consonância com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável:

Esta cartilha busca fornecer aos governos locais subsídios e orientações para a elaboração, discussão e desenvolvimento de políticas migratórias. Inicialmente apresenta-se a metodologia do ciclo de políticas públicas como ferramenta orientadora dos processos de suas formulações. Em seguida, a partir de um estudo técnico desenvolvido no âmbito do Núcleo de Pesquisa em Gestão Municipal (NUPEGEM) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, são sistematizados os elementos estruturais do desenho dessas políticas, considerando a legislação, programas e iniciativas setoriais realizadas em diferentes estados e municípios brasileiros. Também, são apontados os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável relacionados à temática, a fim de estabelecer paralelos entre as políticas locais e a agenda internacional.

Por fim, observamos que os diferentes estágios das políticas dependem de evidências, cooperação, participação e planos estruturados e, para o desenho das políticas locais para migração, salientamos: a importância da capacitação de servidores públicos, a coordenação intragovernamental, o uso e a produção de dados, o financiamento e construção de sistemas de Monitoramento e Avaliação (TORELLY; ANSCHAU; DIAS, 2022, p. 13).

O Guia ainda salienta sobre a importância de um sistema de governança com a articulação e organização os entes estatais e não estatais envolvidos nos processos da política migratória, bem como que “os órgãos públicos devem promover a articulação entre os agentes públicos e a sociedade” (TORELLY; ANSCHAU; DIAS, 2022, p. 38). Verifica-se, assim, mais uma vez, a importância e necessidade de diálogo entre os órgãos governamentais e entes federados tanto para o desenvolvimento de políticas públicas quanto para o acolhimento e interiorização dos migrantes no Brasil.

Ato contínuo, destaca-se ainda que com o intuito de fomentar e reconhecer o envolvimento dos governos estaduais e municipais na integração dos migrantes, a OIM e a UFRGS entregam o “Selo MigraCidades” aos governos estaduais e municipais que concluírem todas as etapas previstas na Plataforma MigraCidades. Em 2022, por meio de uma cerimônia virtual, 48 municípios e 6 estados brasileiros receberam o selo (OIM, 2023). Em 2021, 32 municípios e 9 estados brasileiros receberam referida certificação (OIM, 2021), ao passo que em 2020, ao total, foram 21 municípios e 6 estados brasileiros (OIM, 2020). Totalizam-se, assim, 101 municípios que obtiveram o “Selo MigraCidades”

Em comparação com o número total de municípios existentes no Brasil – 5.568 municípios, conforme levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no ano de 2022 (IBGE, 2023, p. 06) – constata-se que tão somente 1,81% dos municípios brasileiros obtiveram o selo em apreço, revelando o desinteresse público no assunto – fruto, sobretudo, das omissões em estabelecimento de diretrizes e competências na Lei de Migrações brasileira, bem como do próprio Governo Central na edição de políticas públicas – tendo em vista o ínfimo índice de Municípios que obtiveram o “Selo MigraCidades”.

É de se ponderar ainda o Termo de Cooperação Técnica firmado entre a Organização Internacional para as Migrações (OIM) e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 14 de

setembro de 2021 a fim de aperfeiçoar a atuação em temas migratórios pelo Poder Judiciário, promovendo também a adoção de ações conjuntas e o intercâmbio de dados e informações – especialmente em relação ao tráfico humano e de exploração do trabalho de migrantes e refugiados – (OIM, 2021).

Por todo o exposto, verifica-se que a Organização Internacional para Migrações desempenha função fundamental no Brasil na tentativa de suprir as lacunas existentes – em razão da ausência de diálogo entre os entes federados e da falha no modelo de estado federal em matéria de migrações –, por meio da disponibilização de cursos e guias para a formação de agentes públicos a fim de capacitá-los para coordenação, acolhimento e interiorização dos migrantes. O reconhecimento da conclusão das etapas de capacitação da Plataforma MigraCidades por meio da entrega do “Selo MigraCidades” aos estados e municípios engajados no assunto torna-se um importante instrumento para visibilidade do assunto. Todavia, constata-se que a adesão dos municípios à Plataforma MigraCidades ainda acontece a passos lentos, assim como a evolução na edição de políticas públicas e estabelecimento de diretrizes e competências entre os entes federados para acolhimento e interiorização dos migrantes no Brasil, a fim de evitar que o tratamento desigual se perpetue.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O problema de pesquisa apresentado considerou se existe diálogo entre os entes federados no Brasil para fins de interiorização dos migrantes transnacionais no País, bem como na edição e adoção de políticas públicas migratórias para acolhimento dos migrantes pelos Estados e Municípios brasileiros?

Conforme apresentado na primeira seção do desenvolvimento deste artigo, o fenômeno da globalização contribuiu para o surgimento de um novo conceito de migrante, qual seja, o migrante transnacional. Isso porque, com a facilitação dos meios de comunicação e consequente enfraquecimento da soberania estatal, o migrante não rompe mais o vínculo com sua cultura e Estado de origem, estabelecendo, assim, novas interconexões com o País de destino. Ressalta-se que o fenômeno da migração transnacional é inevitável, tendo em vista o avanço tecnológico e das formas de comunicação.

Ato contínuo, na seção subsequente, demonstrou-se que, em que pese a novel

legislação publicada no Brasil instituindo a Nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017) representar significativo avanço na matéria, existe flagrante insegurança jurídica acerca dos órgãos para edição de políticas públicas e a definição de diretrizes acerca das competências de cada ente federativo. Desse modo, verificou-se a flagrante falha no modelo de estado federal – além da omissão estatal na edição da Lei em apreço – bem como a ausência de interesse público sobre a matéria, notadamente quando evidenciada a limitação dos direitos políticos dos migrantes. Constatou-se ainda o vácuo organizacional entre os entes federados, inclusive reportados na Pesquisa de Informações Básicas Municipais – MUNIC (2018) e no estudo divulgado pelo ACNUR (2022).

Por fim, na última seção do desenvolvimento ponderou-se o relevante papel desenvolvido pela Organização Internacional para Migrações (OIM) na tentativa de suprir as lacunas e omissões sobre o assunto no Brasil – além da ausência de diálogo entre os entes federados –. Assim, a plataforma MigraCidades, desenvolvida pela Organização Internacional para as Migrações (OIM) e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com o apoio da Escola Nacional de Administração Pública, assume notável importância ao auxiliar os municípios e autoridades locais no desenvolvimento de políticas públicas, bem como no processo de acolhida e interiorização dos migrantes – além de prestigiar os Estados e Municípios que completam o ciclo de formação por meio do “Selo MigraCidades” fomentando o debate do assunto –.

Desse modo, conclui-se que, de fato, inexistente diálogo entre os entes federados no Brasil para interiorização dos migrantes no Brasil, sendo omissos o governo central na edição de políticas públicas para acolhimento dos migrantes, bem como na definição de diretrizes e competências dos entes federados – ausente na nova Lei de Migrações sob o nº 13.445/2017 –.

Pelo exposto, confirma-se a hipótese inicial em que a Organização Internacional para as Migrações (OIM) assume importante e relevante papel na tentativa de suprir lacunas e promover o diálogo, discussão e adoção de políticas públicas pelos entes federados no Brasil, face a flagrante omissão estatal na edição de políticas públicas e em estabelecer o diálogo entre os entes federados para acolhida e recepção dos migrantes no País.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

Agência IBGE Notícias. **Apenas 5,5% dos municípios com Imigrantes têm serviços focados nessa população.** IBGE, 25 set. 2019. Disponível em: <[BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999. Título original: Globalization: the human consequences.](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25516-apenas-5-5-dos-municipios-com-imigrantes-tem-servicos-focados-nessa-populacao#:~:text=Estados%20e%20Munic%C3%ADpios-,Apenas%205%2C5%25%20dos%20munic%C3%ADpios%20com%20Imigrantes,t%C3%AAm%20ser>.”. Acesso em: 31 jul. 2023.</p></div><div data-bbox=)

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta.** Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BESSA MAIA, José Nelson; SOMBRA SARAIVA, José Flávio. A paradiplomacia financeira em países emergentes de estrutura federativa. **Desafios**, Bogotá (Colômbia), v. 28, n. 1, p. 121-163, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/desafios/article/view/4473/3209>>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017.** Institui a Lei de Migração. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 24 mai. 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. 2023.

DAL RI, Luciene; FERREIRA, Manuela Fernanda Gonçalves. A nova regulação migratória no Brasil: da afirmação de direitos à incoerência normativa. In: MOURA, Aline Beltrame de; DAL RI, Luciene. (Org.). **Imigração e cidadania:** Uma releitura de institutos jurídicos clássicos a partir do modelo europeu. 1 ed. Itajaí: Editora Univali, 2018, v. 1.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP. **MigraCidades: Aprimorando a Governança Migratória Local**, 2020. Disponível em: <<https://www.escolavirtual.gov.br/curso/297>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP. **Políticas Públicas e Programas para Migrantes**, 2020. Disponível em: <<https://www.escolavirtual.gov.br/curso/911>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENAP. **Proteção Socioassistencial a Migrantes em situação de vulnerabilidade ou violação de direitos**, 2020. Disponível em: <<https://www.escolavirtual.gov.br/curso/382>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

GORGES, Jeancarlo. Política nacional de migração e a lacuna integradora federativa: A guisa de uma autoridade nacional de integração migratória. In: BORGES, Alex de Almeida; GORGES, Jeancarlo; VIEIRA, John; SOUZA, Marco Antonio Duarte de; CAVALCANTI, Marco Aurélio Magalhães (Org.). **A imagem do cruzeiro resplandece:** Estudos sobre segurança, defesa e desenvolvimento do Brasil. Ponta Grossa: Atena Editora, 2022.

GORGES, Jeancarlo; PIFFER, Carla. Antolhos Antipodais: A prevalente necessidade de políticas

migratórias locais. **Revista Direito, Economia e Globalização** – Eletrônica, v.1, n.4, 2021, p. 01-30.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Perfil dos municípios brasileiros: 2018**. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Rio de Janeiro: IBGE, 2019. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101668.pdf>> Acesso em: 31 jul. 2023.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Malha Municipal Digital e Áreas Territoriais 2022**. Rio de Janeiro, IBGE, 2023. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101998.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

KINCAID, John; DARDANELLI, Paolo. John Kincaid e Paolo Dardanelli: poderes em equilíbrio. **Pesquisa (FAPESP)**, São Paulo, ed. 269, p. 80-81, jul. 2018. Entrevista concedida a Christina Queiroz. Disponível em: <<https://revistapesquisa.fapesp.br/john-kincaid-e-paolo-dardanelli-poderes-em-equilibrio/>>. Acesso em: 30 jul. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. ONU Mulheres. Oportunidades e desafios à integração local de pessoas de origem venezuelana interiorizadas no Brasil durante a pandemia de covid-19. Brasília: 2022. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/pesquisa-move-se/relatorio_completo.pdf. Acesso em: 01 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 09 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). Estados e municípios brasileiros recebem o Selo MigraCidades. Brasília – DF, 23 dez. 2020. Disponível em: <<https://brazil.iom.int/pt-br/news/estados-e-municipios-brasileiros-recebem-o-selo-migracidades>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). Justiça busca aperfeiçoar atuação em temas migratórios. Brasília – DF, 20 set. 2021. Disponível em: <<https://brazil.iom.int/pt-br/news/judiciario-busca-aperfeicoar-atuacao-em-temas-migratorios>>. Acesso em: 15 set. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). Estados e Municípios brasileiros recebem o Selo MigraCidades 2021. Brasília – DF, 17 dez. 2021. Disponível em: <<https://brazil.iom.int/pt-br/news/estados-e-municipios-brasileiros-recebem-o-selo-migracidades-2021>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). ONU Migrações, 2023. Disponível em: <<https://brazil.iom.int/pt-br/quem-somos>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES (OIM). **Selo MigraCidades 2022 é entregue para 48 Municípios e 6 estados brasileiros**. Brasília – DF, 06 fev. 2023. Disponível em: <<https://brazil.iom.int/pt-br/news/selo-migracidades-2022-e-entregue-para-48-municipios-e-6-estados-brasileiros>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

PIFFER, Carla; CRUZ, Paulo Márcio. **Migrações transnacionais**. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira; ABREU, Pedro Manoel; JUNIOR, Orlando Luiz Zanon. (Org.). **Direito, Democracia e Constitucionalismo**. Itajaí-SC: UNIVALI, 2017, v. 1.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios e perspectivas contemporâneas. **Revista TST**,

Brasília, vol. 75, nº 1, jan./mar. 2009, p. 107-113.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. SIRIANNI, Guido. PIFFER Carla. Migrações Transnacionais e Multiculturalismo: Um desafio para a União Europeia. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19, n. 4 - Edição Especial 2014. ISSN 2175- 0491.

TORELLY, Marcelo; ANSCHAU, Ana Laura; DIAS, Anelise (Org.). **Políticas Locais sobre migração: formulação e desenho da política pública** (livro eletrônico). Brasília – DF: OIM – Organização Internacional para as Migrações, 2022.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. **Plataforma MigraCidades**, 2020. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/migracidades/>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. UFRGS e Agência da ONU desenvolvem guia para políticas locais sobre migração. Porto Alegre, 29 nov. 2022. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ufrgs/noticias/parceria-entre-ufrgs-e-agencia-da-onu-desenvolve-guia-para-politicas-locais-sobre-migracao>>. Acesso em: 02 ago. 2023.

O DIREITO À MORTE DIGNA NA LUSOFONIA: UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE BRASIL E PORTUGAL

Anna Kleine Neves¹

Airto Chaves Junior²

RESUMO

O presente artigo tem como **objeto** a análise do direito à morte digna com decorrência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O **objetivo** é compreender que assim como o direito à vida é um direito fundamental, garantido e previsto na Ordem Constitucional brasileira e portuguesa, o direito à morte digna deve ser analisado juridicamente no mesmo fundamento. Esta pesquisa busca fomentar o debate sobre a regulamentação da eutanásia, do homicídio consentido e do suicídio assistido, quando a própria pessoa, estando esta capaz de seus atos, não tem meios para fazê-lo. Aborda-se o tema do direito à morte digna, com foco na análise comparativa da legislação brasileira e na recente alteração em Portugal referente ao homicídio consentido. Utilizando o método indutivo, examinar-se-ão as principais diferenças entre os dois países lusófonos em relação a esse assunto sensível. A pesquisa destaca a evolução dos princípios éticos e jurídicos subjacentes à questão da morte digna e explora as implicações legais e sociais das mudanças legislativas. Nas **Considerações Finais** é feita uma abordagem pragmática em defesa da regulamentação sobre a culpabilidade do suicídio assistido, pois não sendo a vida um direito absoluto, negar a autonomia de vontade àquele que encontra-se em estado de saúde irreversível, é ferir os preceitos e direitos constitucionais, em especial a Dignidade da Pessoa Humana. Quanto à **Metodologia** foi utilizado o Método Indutivo.

Palavras-chave: Direito à morte digna; Dignidade da Pessoa Humana; Lusofonia; Brasil; Portugal.

INTRODUÇÃO

O direito à vida é um tema que gera muita polemica e decisões controversas. É comum e fervoroso o debate sobre este assunto, o qual traz consigo o posicionamento multidisciplinar. Grande parte dos debates giram em torno das questões bioéticas e religiosas, pouco se fala sobre a questão da culpabilidade, sobretudo direito penal da conduta realizada. A falta de bibliografia

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES). E-mail: annakneves@yahoo.com.br.

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil). Doutor em Direito pela Universidade de Alicante (Espanha). Professor Permanente do Programa de Pós- Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica (Cursos de Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI (Brasil). E-mail: oduno@hotmail.com. Orcid: 0000-0003-3016-5618.

específica sobre este tema, a carência de pesquisas e jurisprudências sobre essa temática, por si só já demonstram o atraso jurídico em analisar o direito à morte, e quando trabalhado encontra-se como assunto reflexo ao direito à vida.

Por sua vez, o ordenamento jurídico brasileiro não traz expressamente previsão sobre o direito à morte, ao suicídio assistido, e em casos que incluam uma patologia crônica e irreversível que causa sofrimento que a pessoa considera intolerável, não há embasamento legal que autorize tal medida.

O debate em torno do direito à morte digna tem se destacado como uma questão complexa e sensível em diversos sistemas jurídicos. Com o avanço da medicina, o desenvolvimento das ciências biomédicas e as mudanças nas perspectivas culturais sobre vida e morte, a discussão sobre o homicídio consentido e a autonomia do paciente têm ganhado proeminência. Em resposta a esta **problemática**, este artigo se propõe a realizar, e tem por **tema**, a análise comparativa da legislação relacionada ao direito à morte digna em dois países lusófonos distintos: Brasil e Portugal.

Na busca pela compreensão abrangente desse tema complexo, abordar-se-á o recente desenvolvimento na legislação portuguesa referente à antecipação da morte medicamente assistida, comparando-a com a postura da legislação brasileira.

Com **objetivo** de realizar a análise comparativa das legislações brasileira e portuguesa, este estudo visa aprofundar a compreensão das implicações sociais, éticas e jurídicas dessas abordagens distintas. Enquanto o Brasil mantém uma postura mais conservadora, enraizada na inviolabilidade do direito à vida, Portugal, por meio da Lei nº 22/2023, demonstra um avanço rumo à legalização do homicídio consentido em circunstâncias especificamente delineadas.

Ao longo deste estudo, serão explorados não apenas os aspectos jurídicos, mas também as motivações bioéticas subjacentes a cada abordagem, considerando a autonomia do paciente, a dignidade humana e o equilíbrio delicado entre a preservação da vida e o respeito à vontade individual em situações de sofrimento extremo. Dessa forma, **justifica-se** este artigo busca contribuir para o debate e o entendimento aprofundado dessa importante questão, enquanto destaca as perspectivas contrastantes que moldam o tratamento do direito à morte digna na lusofonia.

Quanto à **Metodologia** empregada, registra-se que, na Fase de Investigação foi utilizado

o Método Indutivo. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

O DIREITO À VIDA E À MORTE DIGNA

Antes de tratar-se sobre o Direito à morte, mais fácil a compreensão do assunto trabalhar-se com o Direito à vida, afinal, o direito à vida é direito fundamental do ser humano.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção à vida tem status constitucional previsto no Art. 5º, caput da Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988), e transpõe a todo o sistema normativo, tanto no âmbito civil quanto penal, protegendo-se, inclusive, as tentativas contra a integridade física dos indivíduos.

A vida é protegida mesmo quando o seu titular busca pelo seu fim. Esse direito é assegurado nas legislações modernas do mundo, como fundamento da existência do ser humano com capacidade de fruir de todos os demais direitos, podendo-se até asseverar que, sem a proteção desse direito, não haveria sentido proteger-se os demais.

Inicialmente, é fundamental definir o conceito de morte digna. Esse termo remete à ideia de que os indivíduos devem ter o direito de decidir sobre seu próprio destino, inclusive em situações em que estão enfrentando doenças terminais ou sofrendo de maneira insuportável. A morte digna busca garantir que a transição do fim da vida seja realizada de forma respeitosa, sem prolongamentos artificiais do sofrimento e com o máximo de autonomia.

A discussão acerca do direito à morte digna encontra suas raízes nas teorias filosóficas e jurídicas que abordam a relação entre a autonomia do paciente, a dignidade humana e os direitos fundamentais. Autores notáveis como Ronald Dworkin, e Immanuel Kant ofereceram perspectivas fundamentais para a compreensão desse debate.

Ronald Dworkin, em sua influente obra "Uma Questão de Princípio" (2005), articula a importância da autonomia individual como pedra angular das liberdades fundamentais. Sustenta que as escolhas pessoais dos indivíduos, inclusive sobre o término de sua própria vida, devem ser respeitadas, desde que sejam consistentes com os princípios morais e éticos da sociedade.

Para Dworkin, a sociedade tem a responsabilidade de criar um ambiente no qual os indivíduos possam tomar decisões informadas sobre questões tão íntimas quanto a morte.

As teorias morais de Immanuel Kant também lançam luz sobre a questão da morte digna. Kant, em sua "Fundamentação da Metafísica dos Costumes" (2007), destaca a importância da dignidade inerente à humanidade. Argumenta que os seres humanos possuem uma autonomia moral e uma dignidade que devem ser respeitadas. Considerando a morte digna, a abordagem kantiana enfatiza a tomada de decisões autônomas, desde que não contrariem o imperativo categórico que proíbe o uso de outros seres humanos meramente como meios.

Ingo Sarlet, renomado jurista brasileiro e autor da obra "Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais" (2019), destaca a centralidade da autonomia do paciente nos debates sobre a morte digna. Sarlet enfatiza que a dignidade da pessoa humana, consagrada na Constituição Federal Brasileira, implica o reconhecimento do indivíduo como sujeito autônomo de decisões sobre sua própria vida e morte. Argumenta que a autonomia é uma extensão da dignidade e que o direito à morte digna é uma manifestação dessa autonomia.

Sarlet aponta para a importância de considerar a ponderação de direitos fundamentais na discussão sobre homicídio consentido. Ele enfatiza que os direitos à vida, à integridade física e à dignidade não podem ser considerados de forma isolada, mas sim em relação à autonomia do paciente. Essa abordagem ressoa com os princípios de Dworkin e Kant, destacando a interconexão entre a autonomia individual, a dignidade humana e os direitos fundamentais.

Ao explorar essas perspectivas teóricas, é evidente que a discussão sobre o direito à morte digna transcende as fronteiras jurídicas e filosóficas. As abordagens de Dworkin, Kant e Sarlet oferecem um arcabouço conceitual para a análise das legislações brasileira e portuguesa sobre homicídio consentido, enriquecendo a compreensão das implicações éticas, sociais e jurídicas dessas perspectivas divergentes.

ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA REFERÊNCIAS À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A Constituição Federal Brasileira, promulgada em 1988, serve como fundamento primordial para a análise das questões relacionadas ao direito à morte digna e ao homicídio consentido no país. A Carta Magna estabelece os princípios e direitos fundamentais que moldam

as abordagens jurídicas e éticas do sistema legal brasileiro.

Logo no Artigo 1º da Carta Magna, dispõe sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual fornece a base ética para considerar as questões de autonomia do paciente e morte digna. A dignidade da pessoa humana é um valor supremo que orienta a interpretação das leis e dos casos relacionados ao direito à morte digna.

Ainda, no Artigo 5º do referido texto legal, estabelece os direitos fundamentais, incluindo a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade.

Sendo assim, a discussão sobre homicídio consentido deve ser analisada à luz desses direitos, considerando o equilíbrio delicado entre a proteção da vida e a autonomia do paciente.

Ainda que não ocorra a disposição escrita sobre a categoria "morte", deve-se entendê-la dentro do direito à vida, como um direito extensivo a esta.

ARTIGOS RELEVANTES DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O Código Penal Brasileiro (Brasil, 1940) contém disposições que são fundamentais para a análise da legislação sobre homicídio consentido e morte digna. Em seu Artigo 121 define o homicídio como a conduta de matar alguém. A criminalização do homicídio reflete a valorização da vida humana no ordenamento jurídico brasileiro.

Na sequência, no Artigo 122 estabelece penalidades para aqueles que induzem, instigam ou auxiliam alguém a cometer suicídio. Essa disposição é relevante na análise do suicídio assistido, que é uma questão frequentemente relacionada à morte digna.

VISÃO GERAL DA POSTURA CONSERVADORA

A postura conservadora da legislação brasileira em relação à morte digna e ao homicídio consentido reflete os valores morais e éticos enraizados na cultura e na tradição do país. O respeito pela inviolabilidade da vida é um princípio fundamental que orienta a abordagem legal brasileira.

A visão conservadora é sustentada por argumentos que enfatizam a sacralidade da vida e a preocupação de que a legalização do homicídio consentido possa abrir precedentes perigosos. A proteção da vida em todas as circunstâncias é uma prioridade para a sociedade brasileira e, conseqüentemente, influencia a abordagem jurídica à questão da morte digna.

ANÁLISE DA ALTERAÇÃO NA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA - A LEI Nº 22/2023 E SEUS PRINCIPAIS PONTOS

A legislação portuguesa sobre a antecipação da morte medicamente assistida marca uma mudança significativa na abordagem legal em relação ao direito à morte digna. A Lei nº 22/2023, estabelece um novo marco regulatório para a morte assistida em Portugal. Essa legislação reflete uma evolução nos princípios éticos e jurídicos que moldam a discussão sobre a autonomia do paciente e a dignidade humana.

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º Objeto

A presente lei regula as condições especiais em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal.

Artigo 2.º Definições

Para efeitos da presente lei, considera-se:

«Morte medicamente assistida», a morte que ocorre por decisão da própria pessoa, em exercício do seu direito fundamental à autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde;

«Suicídio medicamente assistido», a autoadministração de fármacos letais pelo próprio doente, sob supervisão médica;

«Eutanásia», a administração de fármacos letais pelo médico ou profissional de saúde devidamente habilitado para o efeito;

«Doença grave e incurável», a doença que ameaça a vida, em fase avançada e progressiva, incurável e irreversível, que origina sofrimento de grande intensidade;

«Lesão definitiva de gravidade extrema», a lesão grave, definitiva e amplamente incapacitante que coloca a pessoa em situação de dependência de terceiro ou de apoio tecnológico para a realização das atividades elementares da vida diária, existindo certeza ou probabilidade muito elevada de que tais limitações venham a persistir no tempo sem possibilidade de cura ou de melhoria significativa;

«Sofrimento de grande intensidade», o sofrimento decorrente de doença grave e incurável ou de lesão definitiva de gravidade extrema, com grande intensidade, persistente, continuado ou permanente e considerado intolerável pela própria pessoa;

«Médico orientador», o médico indicado pelo doente que tem a seu

cargo coordenar toda a informação e assistência ao doente, sendo o interlocutor principal do mesmo durante todo o processo assistencial, sem prejuízo de outras obrigações que possam caber a outros profissionais;

«Médico especialista», o médico especialista na patologia que afeta o doente e que não pertence à mesma equipa do médico orientador.

Artigo 3.º Morte medicamente assistida não punível

1— Considera-se morte medicamente assistida não punível a que ocorre por decisão da própria pessoa, maior, cuja vontade seja atual e reiterada, séria, livre e esclarecida, em situação de sofrimento de grande intensidade, com lesão definitiva de gravidade extrema ou doença grave e incurável, quando praticada ou ajudada por profissionais de saúde.

2— Para efeitos da presente lei, consideram-se legítimos apenas os pedidos de morte medicamente assistida apresentados por cidadãos nacionais ou legalmente residentes em território nacional.

3— A morte medicamente assistida ocorre em conformidade com a vontade e a decisão da própria pessoa, que se encontre numa das seguintes situações:

Lesão definitiva de gravidade extrema;

Doença grave e incurável.

4— A morte medicamente assistida pode ocorrer por:

Suicídio medicamente assistido;

Eutanásia.

5— A morte medicamente assistida só pode ocorrer por eutanásia quando o suicídio medicamente assistido for impossível por incapacidade física do doente.

6— O pedido subjacente à decisão prevista no n.º 1 obedece a procedimento clínico e legal, de acordo com o disposto na presente lei.

7— O pedido pode ser livremente revogado a qualquer momento, nos termos do artigo 12.

Das alterações no Código Penal Português

A Lei 22 de 2023 – Portugal, regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal. Veja-se:

Os artigos 134.º, 135.º e 139.º do Código Penal Português passam a ter a seguinte redação:

Artigo134º[...]

1 — [...]

2 — [...]

3 — A conduta não é punível quando realizada no cumprimento das condições estabelecidas na Lei n.º 22/2023.

Artigo135º[...]

1 — [...]

2 — [...]

3 — A conduta não é punível quando realizada no cumprimento das condições estabelecidas na Lei n.º 22/2023.

Artigo139º[...]

1 — (Atual corpo do artigo.)

2 — Não é punido o médico ou enfermeiro que, não incitando nem fazendo propaganda, apenas preste informação, a pedido expresso de outra pessoa, sobre o suicídio medicamente assistido, de acordo com o n.º 3 do artigo 135.

A alteração na legislação portuguesa representa uma mudança de paradigma significativa em relação à morte digna e ao homicídio consentido. Enquanto a abordagem tradicional enfatiza a inviolabilidade da vida e a proteção da vida a todo custo, a nova legislação em Portugal reconhece a importância de permitir que indivíduos que enfrentam doenças incuráveis e sofrimento insuportável tenham o direito de encerrar sua própria vida de maneira digna.

Essa mudança reflete uma evolução nas percepções da sociedade sobre a autonomia do paciente, a dignidade humana e o direito à autodeterminação em relação ao fim da vida. A legalização da antecipação da morte medicamente assistida demonstra uma disposição em confrontar as complexidades emocionais e éticas envolvidas na tomada de decisões sobre a própria morte. A legislação também reconhece a necessidade de salvaguardas rigorosas para garantir que a decisão do paciente seja genuína e não seja influenciada por pressões externas.

A mudança de paradigma em Portugal levanta questões fundamentais sobre a relação

entre a autonomia do paciente e a responsabilidade do Estado em proteger a vida e a dignidade. Essa abordagem progressista destaca a importância de considerar as dimensões humanas e emocionais do sofrimento em situações de doença terminal, ao mesmo tempo em que equilibra essas considerações com a necessidade de garantir padrões éticos e legais rigorosos.

ABORDAGEM COMPARATIVA - DIFERENÇAS FUNDAMENTAIS ENTRE AS LEGISLAÇÕES

No Brasil, a postura conservadora enfatiza a proteção da vida como um valor supremo, refletindo-se no Código Penal que criminaliza o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio. O país adota uma abordagem cautelosa em relação à autonomia do paciente em situações terminais, buscando preservar a inviolabilidade da vida.

Por outro lado, Portugal demonstra uma mudança de paradigma com a aprovação da Lei nº 22/2023. A legislação portuguesa estabelece critérios rigorosos e salvaguardas para permitir a antecipação da morte medicamente assistida em casos de sofrimento intolerável e doença incurável. Essa abordagem reflete uma valorização crescente da autonomia do paciente e uma disposição em reconhecer o direito à morte digna como parte do respeito à dignidade humana.

As diferenças nas legislações têm impactos profundos na autonomia do paciente e no direito à morte digna. Enquanto no Brasil, a restrição ao homicídio consentido pode limitar a capacidade dos indivíduos de exercerem controle sobre o fim de suas vidas, em Portugal, a lei oferece uma via legal para aqueles que enfrentam condições de saúde insuportáveis.

A abordagem portuguesa, ao permitir a morte medicamente assistida, reconhece a capacidade do indivíduo de tomar decisões fundamentais sobre sua própria vida, permitindo-lhes evitar um prolongamento indesejado do sofrimento. Essa mudança também pode promover discussões mais abertas e honestas entre pacientes, médicos e familiares sobre as opções disponíveis no final da vida.

As diferenças nas legislações também refletem considerações éticas e culturais profundamente arraigadas em cada país. No Brasil, a forte influência da tradição religiosa e a valorização da vida em todas as circunstâncias moldam a abordagem conservadora em relação ao direito à morte digna. Questões morais e religiosas frequentemente desempenham um papel significativo nos debates sobre a autonomia do paciente e o homicídio consentido.

Em Portugal, a legislação reflete uma sociedade que está disposta a enfrentar as complexidades éticas e emocionais envolvidas na morte digna. A abordagem mais progressista destaca uma disposição em considerar o sofrimento individual, a qualidade de vida e o direito à autodeterminação, mesmo em situações tão delicadas.

PERSPECTIVAS FUTURAS E POSSÍVEIS DESDOBRAMENTOS

A análise comparativa das legislações brasileira e portuguesa sobre a morte digna e o homicídio consentido revela divergências fundamentais em relação à abordagem legal, ética e cultural dessas questões sensíveis. Enquanto o Brasil mantém uma postura conservadora, enfatizando a proteção da vida, Portugal adota uma abordagem progressista, valorizando a autonomia do paciente e o direito à morte digna.

A análise da jurisprudência e de casos relevantes nos dois países demonstra como os tribunais enfrentam o desafio de equilibrar princípios fundamentais, como a inviolabilidade da vida e a autonomia do paciente, em decisões que impactam diretamente o fim da vida.

As implicações sociais, éticas e legais das abordagens divergentes são significativas. No Brasil, a ênfase na proteção da vida está alinhada com valores culturais e religiosos, mas também pode limitar a autonomia dos pacientes em situações terminais. Em contraste, a legislação portuguesa reconhece a importância de permitir que indivíduos encerrem sua própria vida com dignidade, mas também levanta questões sobre até que ponto a autonomia deve prevalecer sobre a proteção da vida.

Do ponto de vista ético, as legislações refletem diferentes percepções sobre o valor intrínseco da vida humana e o direito do indivíduo a tomar decisões fundamentais sobre seu próprio destino. A legalização da morte assistida em Portugal desencadeou discussões sobre a natureza da dignidade humana e os limites da intervenção estatal nas decisões de fim de vida.

As perspectivas futuras e possíveis desdobramentos das legislações e abordagens em relação à morte digna são complexos e multifacetados. No Brasil, a discussão em torno da autonomia do paciente e da morte digna pode ganhar mais destaque à medida que a sociedade se abre para uma compreensão mais ampla dos direitos individuais. Pressões demográficas, avanços médicos e evolução das percepções éticas podem levar a um reexame das políticas em relação à morte assistida.

Em Portugal, o impacto da Lei nº 22/2023 continuará a ser avaliado à medida que mais casos forem apresentados e as experiências forem compartilhadas. A sociedade portuguesa pode se deparar com questões complexas sobre a aplicação da lei, a garantia das salvaguardas e a evolução das atitudes sociais em relação à morte digna.

As abordagens distintas no Brasil e em Portugal ilustram a importância de um diálogo contínuo e informado sobre questões tão profundamente pessoais e éticas. A reflexão sobre a morte digna e o homicídio consentido transcende as fronteiras legais, levantando questões cruciais sobre a liberdade individual, a dignidade humana e a responsabilidade do Estado em garantir padrões éticos e legais justos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objeto estudar o Direito à Morte Digna como decorrência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, realizando uma análise comparativa nos países lusófonos: Brasil e Portugal.

Buscou-se compreender que assim como o direito à vida é um direito fundamental, garantido e previsto na Ordem Constitucional brasileira, o direito à morte digna deve ser analisado e interpretado juridicamente no mesmo fundamento.

O primeiro tópico foi destinado a realizar o estudo do Direito à Morte: o outro lado do Direito à Vida e a sua extensão como Direito Fundamental. Para tanto, entende-se que deve ser considerado o direito subjetivo do ser humano em escolher pelo término da sua vida. Não sendo a vida um direito absoluto, negar a autonomia de vontade àquele que se encontra capaz, consciente de sua vontade, mas em estado de saúde irreversível, é ferir os preceitos e direitos constitucionais, em especial a Dignidade da pessoa Humana.

Compreender que a morte digna é também um direito fundamental e imprescindível ao ser humano, decorrente do direito à vida, lhe confere então a proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro projeta a vida como um bem jurídico, conforme art. 5º, caput da Constituição Federal, e também da forma como dispõe no art. 122 do Código Penal sobre o suicídio.

As justificativas doutrinárias majoritárias fundamentam que a vida é o objeto de

proteção mesmo contra a vontade do seu titular, em virtude do interesse do Estado em sua continuidade. Atribui à vida, assim, uma transcendência que mitiga a individualidade da titularidade do direito, atribuindo ao Estado a possibilidade de esperar que a pessoa tenha um compromisso com seu dever perante os demais. Não se questiona a autonomia de vontade, a liberdade individual, tampouco se pondera o sofrimento da pessoa enferma que não encontra motivos para “estar vivo”, quando esta condição já lhe é inaceitável.

Contudo, convém ressaltar, que a legislação brasileira assegura o direito à vida, mas não estabelece o “dever de viver”, sendo o direito à liberdade individual também constituído como direito humano fundamental.

Este artigo analisou as diferenças na legislação brasileira e na recente alteração em Portugal sobre o direito à morte digna. Através dessa análise comparativa, fica claro que os dois países têm abordagens contrastantes em relação ao direito à morte digna. Enquanto o Brasil mantém uma postura conservadora, Portugal avançou para reconhecer o direito dos indivíduos a uma morte digna em circunstâncias excepcionais. Essas abordagens refletem as diferentes perspectivas éticas e culturais, bem como os debates em curso sobre a autonomia do paciente e o valor da vida humana. Como a sociedade continua a evoluir, é provável que essa discussão legal e ética continue a se desenvolver em ambas as jurisdições e além.

No Brasil, o homicídio consentido não é legalizado. A Constituição Federal brasileira preza pela inviolabilidade do direito à vida e proíbe a prática do homicídio, mesmo quando motivado por razões humanitárias. O Código Penal brasileiro criminaliza a prática de auxílio ao suicídio e ao homicídio, considerando-as como infrações penais. A eutanásia e o suicídio assistido são puníveis por lei, refletindo uma postura conservadora em relação ao direito à morte digna.

Em contraste, Portugal passou por uma recente alteração legislativa que legaliza o homicídio consentido em certas circunstâncias. A Lei nº 22/2023, de 25 de maio, estabeleceu o quadro legal para a antecipação da morte medicamente assistida. De acordo com essa lei, indivíduos com doença incurável e que estejam sofrendo de maneira intolerável têm o direito de solicitar assistência médica para pôr fim à vida. Esse movimento reflete uma abordagem mais progressista em relação ao direito à morte digna.

As diferenças na legislação brasileira e na alteração em Portugal refletem as perspectivas culturais e éticas distintas dos dois países em relação à morte e à autonomia do paciente.

Enquanto o Brasil adota uma postura mais restritiva, enfatizando a proteção da vida em todas as circunstâncias, Portugal reconheceu a importância de permitir a antecipação da morte em casos extremos de sofrimento.

Ao explorar o direito à morte digna na lusofonia, é imprescindível considerar os desafios e limites legais que estão presentes nesse contexto. Essas questões podem incluir:

1 - Vácuo legal e interpretação jurisprudencial: A ausência de legislação específica sobre o direito à morte digna em países como o Brasil, cria um vácuo legal que pode dificultar a proteção dos direitos individuais e gerar incerteza jurídica. Nesses casos, a interpretação jurisprudencial torna-se um fator importante para entender os limites legais e as possíveis abordagens em relação à morte digna.

2 - Diálogo político e legislativo: A discussão sobre o direito à morte digna é complexa e polarizadora. A necessidade de um diálogo político e legislativo sensível e informado torna-se essencial para abordar questões éticas e promover uma mudança legislativa, se for o caso. O engajamento de legisladores, profissionais da saúde e a sociedade é fundamental para enfrentar os desafios do processo legislativo e garantir a representatividade das diversas perspectivas relacionadas a essa questão.

3 - Proteção de vulneráveis: Ao abordar o direito à morte digna, é necessário considerar a proteção das pessoas vulneráveis, como aquelas que podem estar sujeitas a pressões externas ou coerção indevida. Estabelecer salvaguardas rígidas é fundamental para evitar potenciais abusos e garantir que a autonomia do paciente seja exercida de forma livre e informada.

4 - Complexidade das questões éticas e culturais: A diversidade ética e cultural presente na lusofonia torna essencial levar em consideração as diferentes perspectivas e valores éticos que cercam a morte digna em cada contexto. Ao abordar essa questão sensível, é necessário respeitar e considerar as tradições, crenças religiosas e valores culturais presentes nos países lusófonos.

É fundamental reconhecer que a análise dos desafios e limites legais enfrentados no âmbito da morte digna varia de acordo com cada país lusófono. Cada nação possui suas próprias particularidades legais, éticas, religiosas e culturais, que influenciam a abordagem dessa temática sensível.

Sendo assim, finalizando este artigo, fica a discussão do quanto, num Estado Democrático de Direito há lugar para uma interpretação em que a titularidade da vida de uma

pessoa seria do Estado ou compartilhada por ele e na qual a pessoa é coibida a continuar existindo (porque não se pode falar “vivendo”) mesmo contra seu desejo, sob a justificativa de ter que exercer um dever com o Estado, uma função social. Necessária se faz a interpretação sobre o direito à vida, de forma que seja extensiva ao direito à morte, podendo esta ser considerada digna quando então contempla o sentido de dignidade e direito fundamental e individual, assim como é em relação ao direito à vida.

Respeitar os direitos fundamentais e garantir o equilíbrio entre a autonomia do paciente, a proteção de vulneráveis e os valores éticos e legais é um desafio complexo. A busca por diretrizes claras, debates informados e soluções equitativas é essencial para enfrentar esses desafios e promover discussões maduras em relação ao direito à morte digna na lusofonia.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: Politikón.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Brasília, DF.

BUSATO, Paulo César; CESTO, Mariana. A eutanásia, a eugenia e o bem jurídico vida frente a interrupção de cuidados paliativos: implicações penais. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2021.

DALLARI, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **O respeito à dignidade humana como paradigma da Bioética e do Biodireito**. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (coord.). Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.

DWORKIN, Ronald. Life's Dominion: an argument about abortion euthanasia, and individual freedom. New York: Vintage Books, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Editora Martins Fontes, 2005. FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação. Porto Alegre: Fabris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de: Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto; Daniela Cademartori; Hermes Zabeti Junior e Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Edições 70, 2007.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida**. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais. Conceito. Função e Tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14 ed. Florianópolis: EMais, 2021.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. 2.ed. Madrid: Dykinson, 2003.

PÉREZ LUNO, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado e Editora, 2012.

PORTUGAL. Lei 22/2023, de 25 de maio. **Regula as condições em que a morte medicamente assistida não é punível e altera o Código Penal**. Diário da República, 1ª série, nº. 101, p.10, 25 de maio de 2023.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social**. Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n. 04, 1999.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2.ed. rev. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, Direitos Fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível na Internet:

<<http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso: agosto de 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt): Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao Biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana**. São Paulo: LTr., 2018.

VIVES ANTÓN, Tomás S.; ORTS BERENGUER, Enrique; CARBONELL MATEU, Juan Carlos;

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luís; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. Derecho Penal. **Parte especial**. Valencia: *Tirant lo Blanch*, 2008.

GT 2: DEMOCRACIA E ACESSO À INFORMAÇÃO

A UTILIZAÇÃO DO PREGÃO ELETRÔNICO COMO GARANTIA À DEMOCRACIA E AO ACESSO À INFORMAÇÃO NAS COMPRAS PÚBLICAS MUNICIPAIS¹

Milena Zamboneti Hasckel²

Alexandre dos Santos Priess³

RESUMO

Na presente pesquisa, buscou-se analisar a utilização da modalidade pregão eletrônico como ferramenta de garantia à Democracia e ao acesso à informação pelos cidadãos nas compras públicas municipais. Buscou-se estudar a referida modalidade por utilizar o uso da tecnologia de informação, bem como, por ser reconhecida pela desburocratização em relação às outras modalidades licitatórias, agilidade, redução de custos, assim como, modalidade que possibilita maior transparência e publicidade dos atos da Administração Pública para os cidadãos. A presente pesquisa tem como problemática a seguinte questão: a modalidade pregão eletrônico oferece maior acesso à informação aos cidadãos dos atos administrativos realizados quando comparado com a modalidade pregão presencial na esfera da Administração Pública Municipal? Assim, chegou-se à hipótese de que a modalidade pregão eletrônico possibilita maior acesso às informações e atos administrativos realizados durante o processo licitatório, sendo assim, pode-se considerar como uma modalidade mais democrática e transparente, o que possibilita maior participação democrática pelos cidadãos. Como objetivo geral, pretende-se analisar a modalidade de pregão eletrônico e demonstrar o uso dessa modalidade como uma ferramenta para que os cidadãos possuam acesso às informações dos atos administrativos realizados pela Administração Pública Municipal. Ao final, sem o intuito de exaurir o tema, constatou-se a relevância da modalidade de pregão eletrônico como meio de garantia ao acesso à informação para os cidadãos e a importância dos Princípios da Publicidade e Transparência no âmbito da Administração Municipal para o fomento da Democracia. Utilizou-se do método indutivo, por meio de pesquisa bibliográfica com objetivo de realização de fichamento para compor o presente artigo.

¹ Artigo elaborado por meio da integração institucional realizada entre o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica - PPCJ, Mestrado Profissional em Direito das Migrações Transnacionais, em conjunto com os cursos de graduação em direito e relações internacionais por intermédio do Grupo de estudos, pesquisa e extensão Paideia, ambos da Universidade do Vale do Itajaí – Univali.

² Graduanda em Direito, no 8º período na Universidade do Vale do Itajaí. Monitora do Grupo de estudos, pesquisa e extensão Paideia. Email: milenzamboneti@edu.univali.br, (47) 9 91472487.

³ Orientador da presente pesquisa. Mestre em Ciência Jurídica no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (2004). Advogado Direito Administrativo. Atua com Inovação e Empreendedorismo Jurídico. Presidente da Comissão Nacional Especial de Direito Administrativo, do Conselho Federal da OAB. Professor colaborador do Mestrado em Gestão de Políticas Públicas da UNIVALI. Coordenador do Curso de Pós-graduação lato sensu em Direito Público: Direito Constitucional e Administrativo da UNIVALI. Membro do Conselho Editorial da Revista Síntese de Direito Empresarial (IOB). Membro do Conselho Editorial da Revista Brasileira de Tecnologias Sociais. <http://lattes.cnpq.br/7766164197984074>.

Palavras-chave: pregão eletrônico; democracia; licitação; informação; transparência.

INTRODUÇÃO

O Estado é uma organização em que existem muitos contratos complexos entre os proprietários dos recursos econômicos (cidadão) e os gestores públicos, responsáveis pelo uso e controle desses recursos, sendo necessário elaborar modelos capazes de maximizar a compreensão dessa estrutura, que permitam ao cidadão observar o valor dos serviços produzidos pelos gestores públicos (SLOMSKI, 2003, p. 434 *apud* MELLO, 2009, p. 27).

Para o cumprimento de suas atribuições, a Administração Pública necessita contratar obras e serviços e adquirir bens. Essas contratações são realizadas por meio de processos licitatórios, através dos quais se busca obter a melhor proposta para a administração, através da participação de interessados em negociar com a Administração Pública, os quais devem ser tratados com isonomia (SANTOS, 2012, p. 31).

Sabe-se que a licitação foi introduzida no Direito Público brasileiro há mais de cento e quarenta anos, a partir do Decreto nº 2.926, de 14/05/1862, o qual regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas. Com o passar do tempo e do surgimento de outras leis, o procedimento licitatório, consolidou-se no âmbito federal pelo Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que originou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53).

Assim, desde o Código de Contabilidade da União, de 1922, o procedimento licitatório continuou evoluindo, com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo, por fim, sistematizado através do Decreto-Lei nº 200, de 25/02/67 (arts. 125 a 144), o qual estabeleceu a reforma administrativa federal, assim como, no âmbito das Administrações dos Estados e Municípios, por intermédio da Lei nº 5.456, de 20.06.68.

O Decreto-Lei nº 2.300, de 21/11/86 instituiu o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, que reuniu normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

Em seguida, foi instituída a Lei Federal de Licitações e Contratos de nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ainda em vigor, com alterações, que estabelecem normas gerais para licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O artigo 3º da referida lei aduz que a função da licitação é garantir a observância do Princípio Constitucional da Isonomia e garantir a proposta mais vantajosa para a Administração. Já o art. 14º determina que, para a Administração realizar qualquer compra, deve obedecer a dois princípios fundamentais: a definição precisa do objeto e a existência de recursos orçamentários que garantam o pagamento resultante.

A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, instituiu o pregão no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o qual foi posteriormente regulamentado em sua forma eletrônica, através do Decreto nº 5.450 de 31/05/2005, o qual, por sua vez, fora revogado pelo Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, o qual regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da Administração Pública Federal. Em seu art. 1º, §1º do Decreto nº 10.024/2019, dispõe que a utilização do pregão eletrônico pelos órgãos da Administração Pública Federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais é obrigatória.

A nova Lei de Licitações de nº 14.133, de 1º de abril de 2021, apesar de aprovada, ainda não entrou em vigência. A referida lei deveria ter entrado em vigor no dia 1º de abril de 2023, visto que a mencionada norma deu o prazo de dois anos para os gestores públicos se adaptarem às novas regras.

No entanto, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva editou a medida provisória nº 1.167/2023, a qual prorroga até 30 de dezembro do corrente ano a validade de três leis sobre compras públicas: a antiga Lei de Licitações (Lei 8.666, de 1993), o Regime Diferenciado de Compras – RDC (Lei 12.462, de 2011) e a Lei do Pregão (Lei 10.520, de 2002).

Feito o introito necessário acerca do histórico do processo licitatório para elucidar os tópicos que serão debatidos no presente artigo, pretende-se discorrer sobre a possibilidade e os benefícios da utilização da modalidade do pregão eletrônico como ferramenta de acesso à informação aos cidadãos no âmbito da Administração Municipal, bem como, a consequente importância dos princípios da publicidade e da transparência como norteadores da Democracia.

O presente artigo possui como objetivo analisar a modalidade de pregão eletrônico e demonstrar o uso dessa modalidade como uma ferramenta para que os cidadãos possam acesso às informações dos atos administrativos realizados pela Administração Pública Municipal.

Justifica-se a presente pesquisa com o estudo da referida modalidade de licitação por utilizar o uso da tecnologia de informação, bem como, por ser reconhecida pela desburocratização em relação às outras modalidades licitatórias, agilidade, redução de custos, assim como, possibilitar maior transparência e publicidade dos atos da Administração Pública para os cidadãos.

Para isso, guia-se pela seguinte problematização: a modalidade pregão eletrônico oferece maior acesso à informação aos cidadãos dos atos administrativos realizados quando comparado com a modalidade pregão presencial?

Para responder à pergunta elencada, este artigo científico encontra-se dividido em três tópicos, sendo que o primeiro abordará a importância dos Princípios da Publicidade e da Transparência.

No capítulo seguinte, analisar-se-á os aspectos gerais da modalidade do pregão eletrônico e sua importância e efetividade quando comparado com o pregão presencial.

E por último, tratar-se-á a utilização do pregão eletrônico como ferramenta para garantir aos cidadãos o acesso à informação e por consequência, à Democracia na esfera municipal.

Para tanto, utilizou-se o método indutivo, o qual consiste em “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, 2007, p. 104). E como técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica.

Frisa-se que este trabalho não possui a pretensão de esgotar o tema, mas sim fomentar e contribuir com futuras pesquisas dentro da temática ora abordada.

OS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA TRANSPARÊNCIA COMO NORTEADORES DA DEMOCRACIA

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil iniciou a busca de melhoria da Administração Pública. Dessa forma, incluiu expressamente em seu art. 37, *caput*, diversos princípios para nortear a Administração Pública direta e indireta, quais sejam, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Insta observar a lição de Miguel Reale (1980, p. 299), no que tange aos princípios, ao dispor que são:

(...) verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da práxis.

Trata-se, o Princípio da Publicidade, de requisito de eficácia e moralidade, que visa garantir a qualquer interessado o conhecimento e o exame dos atos do procedimento licitatório praticado pelo agente público (CASAGRANDE JUNIOR, 2006, p. 19).

Salienta-se que a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

O inciso XXI do artigo 37 da CRFB aduz que:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A ausência de Publicidade é admitida somente em casos específicos, quando outros interesses públicos possam ser concretamente comprometidos, conforme entendimento do art. 24, IX, o qual frisa que a licitação será dispensável quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional.

Ademais, o art. 16 da Lei nº 8.666/93, expõe que a Publicidade será dada mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras realizadas com dispensa e inexigibilidade de licitação.

Nesse ínterim, o art. 21 da mencionada lei, ainda dispõe sobre a Publicidade que se dará aos avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez nos meios de comunicação listados na

lei.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (1996, p. 72-74):

A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para os fins constitucionais.

O Princípio da Publicidade torna obrigatória a divulgação oficial dos atos praticados pela Administração (CARLIN, 2005, p. 64). Salienta-se que dar publicidade não significa fazer propaganda, promover e promover-se. Dar publicidade é a síntese de três verbos: informar, orientar e educar (FAZZIO JUNIOR, p. 22).

Edimur Ferreira de Faria (2007, p. 305) adverte que:

A publicidade é o melhor meio da Administração dar ciência aos interessados em participar dos certames licitatórios, aos órgãos de controle e inclusive à sociedade. Por estes motivos, todos os atos praticados no procedimento licitatório devem ser publicados no órgão oficial. O edital pode ser publicado na íntegra ou em forma de aviso. A segunda forma é mais comum, por medida de economia. Além do edital devem ser publicados os despachos de diligências, síntese da ata de habilitação e inabilitação, da ata de classificação e desclassificação, do ato de homologação e adjudicação, das decisões em recursos administrativos, dentre outros.

Dessa forma, entende-se que a Publicidade não versa apenas sobre a simples divulgação dos atos realizados pela Administração Pública, mas sim, possibilita o conhecimento aos cidadãos dos atos da Administração Pública praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade (DI PIETRO, 2004, p. 356).

A Transparência é corolário do Princípio da Publicidade (art. 37 da CF), indicando a limpidez e clareza que devem qualificar as ações e objetivos da Administração Pública Direta e

Indireta. Assim, não há por que não franquear à coletividade o acesso aos componentes de seu negócio (CARVALHO FILHO, 2017, p. 340).

A Lei de Acesso à Informação nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, regula o acesso às informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal.

Infere-se a importância da referida lei que trouxe para o plano físico normas garantidoras do acesso à informação no âmbito da Administração Pública. Salienta-se que é a partir da transparência que se viabiliza o conhecimento pela sociedade em geral daquilo que ocorre nos meandros do Estado e da Administração Pública. Sem transparência, não há efetivamente Democracia, tampouco se exerce a cidadania, na medida em que não se viabiliza qualquer possibilidade material de participação ou controle acerca dos atos e fatos da Administração (TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 793).

Sobre essa relação entre Transparência e Democracia, tem-se que “sem democracia, a informação pública torna-se uma mera aparência. Finge-se que se sabe ou sabe-se aquilo que não é verdadeiro. O acesso à informação é um resultado da nossa forma democrática e republicana de governo, garantida na CF/1988. [...] É bom que se diga que a transparência possui uma identidade notória com a Democracia. Quando se está a falar desta, em algum momento, tem-se que se discursar sobre aquela. Seria a democracia, assim, o principal fundamento político da transparência” (HEINEN, 2014, p. 14-15).

Realizada as noções preliminares acerca da importância dos princípios da publicidade e da transparência para efetivar os direitos de acesso à informação aos cidadãos dos atos administrativos realizados pela Administração Pública como prerrogativa de Democracia, passa-se para a análise da modalidade do pregão eletrônico e sua aplicação na esfera municipal.

ASPECTOS GERAIS DO PREGÃO ELETRÔNICO E SUA RELEVÂNCIA QUANDO COMPARADO COM O PREGÃO PRESENCIAL

Com o objetivo de tornar mais eficiente o processo de compras e contratações públicas, foi instituído na Administração Pública brasileira, através da Lei 10.520/2002, o pregão eletrônico, permitindo à administração dispor de uma nova modalidade licitatória, que, além de modernizar o processo das compras públicas, tornando-o mais célere, também proporcionou uma maior

transparência aos gastos públicos (SANTOS, 2012, p. 18).

O pregão surgiu no Brasil no ano de 1997, com a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) – Lei 9.472, de 16 de junho, que criou a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e instituiu o pregão para suas aquisições de bens e serviços. Assim, o artigo 54 da referida lei aduz que a contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública. E que para isso, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão.

Diante das muitas e significativas vantagens relatadas pela ANATEL, relativamente à economicidade, maior celeridade e eficiência no processo de seleção de futuros contratados, o Presidente da República daquela época, expediu a Medida Provisória nº 2.026/2000, a qual permitiu a utilização da modalidade também no âmbito da União. Esta Medida Provisória foi reeditada dezoito vezes. (BERLOFFA, 2002, *apud* SANTOS, 2012, p. 35).

Nesse íterim, com a conversão da medida provisória na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, estendeu-se a incidência da modalidade pregão aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Existem dois tipos de pregão: o presencial e o eletrônico. Entretanto, não se trata de duas formas de licitação, são duas possibilidades de formas: presencial ou eletrônica. No pregão presencial, os licitantes podem estar todos presentes fisicamente, numa determinada sessão, em que os procedimentos são realizados e no pregão eletrônico, o processamento dá-se basicamente por meio da tecnologia da informação, a distância, onde os licitantes encaminham suas propostas e participam do certame através da internet (NIEBUHR, 2011, p.19).

Consoante o art. 2º do Decreto nº 3.555 de 08 de agosto de 2000, o pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, por meio de propostas de preços escritas e lances verbais.

Destaca-se que diante das modalidades previstas no art. 22º da Lei n. 8.666/1993, a modalidade do pregão vem ganhando destaque com o passar do tempo, devido suas inúmeras vantagens em relação as demais.

O pregão também pode ser definido da seguinte forma:

Procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço,

visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos (JACOBY, 2007, p.455).

Como visto, com a chegada da Lei nº 10.520 de 17 de julho de 2002, o pregão foi instituído no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o qual poderá ser realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica (art. 2º, § 1º). Referida lei, foi posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que por sua vez, fora revogado pelo Decreto nº 10.024/2019, o qual regulamenta o pregão, em sua forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da Administração Pública Federal.

Faz-se necessário salientar que, a Lei do Pregão, será revogada após o término da transição da nova Lei de Licitações, assim, referida matéria encontra-se inserida e regulada, igualmente, na Lei nº 14.133/2021.

Ademais, a Lei nº 14.133/2021, não faz mais a distinção entre pregão presencial e eletrônico, o art. 17, §2º da referida lei, prevê que:

As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

A definição de pregão eletrônico dada por Justen Filho (2005, p. 220) diz que:

O pregão, na forma eletrônica, consiste na modalidade de licitação pública, de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa para a contratação de bem ou serviço comum, por meio de propostas seguidas de lances, em que os atos jurídicos da Administração Pública e dos interessados desenvolvem-se com utilização dos recursos da Tecnologia da Informação, valendo-se especialmente da rede mundial de computadores (Internet).

Meirelles (2007, p. 107) conceitua Pregão Eletrônico como sendo:

(...) aquele efetuado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, ou seja, por meio de comunicação pela Internet. (...) Seu procedimento segue as regras básicas do pregão comum, mas, como é evidente, deixa de ocorrer na presença física do pregoeiro e dos participantes, já que todas as comunicações são feitas por via eletrônica.

A modalidade pregão na sua forma eletrônica possui destaque por sua ampla publicidade do certame e a transparência dos atos administrativos e dos documentos que registram a licitação, pois qualquer pessoa, seja outro contribuinte ou mesmo o cidadão, da sua sede ou da sua residência, tem a prerrogativa de acompanhar o desenvolvimento da sessão e acessar todos os documentos como as propostas de preços, documentos de habilitação, atas da sessão e demais atos, bastando para isso um simples acesso gratuito ao provedor que está gerenciando os atos da sessão. A referida forma traz vantagens para aumentar a transparência dos processos de compras e aquisições pela Administração, além de reduzir fraudes e, por conseguinte, atos de improbidade e imoralidade administrativa (VASCONCELO, 2006, p. 148-149).

Destarte, o pregão eletrônico, apesar de ter seu uso obrigatório na Administração Pública Federal, é pouco utilizado nas esferas municipais, mesmo já sendo regulamentado na nova Lei de Licitações. A maioria das críticas apontadas para essa modalidade decorre da falta de conhecimento das suas vantagens e a não aplicação desta no âmbito municipal, outra justificativa é a falta de pessoal treinado ou mesmo falta de condições técnicas.

Acerca da regulamentação do uso obrigatório do pregão eletrônico na esfera federal, o autor Luciano Ferraz, na obra coordenada pelo renomado Diogenes Gasparini (2009, p. 255) entende que:

Nada impede que Estados e Municípios baixem normas – leis ou regulamentos (decretos) – elegendo o decreto federal em vigor como parâmetro de regência do respectivo pregão eletrônico, adaptando-o à realidade pertinente a cada um deles.

Apesar das modernas ferramentas tecnológicas colocadas à disposição, como por exemplo, o Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP, alguns municípios ainda se utilizam das modalidades previstas na Lei 8.666/93, com destaque à modalidade convite, sem mencionar as diversas contratações diretas por dispensa de licitação, para efetuar as contratações públicas. Outros utilizam a modalidade de pregão, entretanto, na forma presencial. Isso evidenciaria de um modo direto um direcionamento do procedimento, pois esta forma de licitar exige a presença física dos participantes no processo licitatório, privilegiando, de certa forma, os participantes locais (ZBOROWSKI; ANGELIN, 2020, p. 51).

Ressalta-se que as diversas modalidades clássicas de licitação se mostram ineficazes com o passar dos anos e do avanço das tecnologias. O sigilo das propostas, envelopes lacrados, a análise prévia dos documentos que podem ser contestados, delongando o prazo para a conclusão do processo licitatório.

Na modalidade do pregão eletrônico, alguns doutrinadores apontam benefícios em face da modalidade presencial.

José dos Santos carvalho Filho (2014, p. 311) elenca os seguintes benefícios do pregão eletrônico:

O pregão eletrônico apresenta algumas vantagens em relação ao presencial. Primeiramente, reduz-se o uso do papel, já que os atos se produzem pela internet. Depois, há menor sobrecarga para o pregoeiro, já que há menos documentos para analisar. Ainda: o pregão eletrônico é mais célere e eficaz quando se trata de licitação por itens ou lotes. Por fim, os recursos da tecnologia da informação aproximam as pessoas e encurtam as distâncias, permitindo atuação com maior eficiência por parte da Administração.

Outrossim, outra vantagem significativa do pregão eletrônico comparado ao pregão presencial é a aproximação das pessoas, o encurtamento das distâncias, sendo um aspecto muito positivo no procedimento licitatório, haja vista que a aproximação das pessoas implica ampliação considerável da competitividade (NIEBUHR, 2011, *apud*, BARROS, 2015, p. 67).

Há de se frisar, que a modalidade do pregão eletrônico é uma ferramenta que além de ser eficiente e célere, abre espaço para uma Administração Pública muito mais transparente com os atos administrativos realizados.

O PREGÃO ELETRÔNICO COMO GARANTIA AO ACESSO À INFORMAÇÃO AMPARADO NA EFETIVAÇÃO DA DEMOCRACIA NO ÂMBITO MUNICIPAL

O acesso à informação pode ser visto como a possibilidade de qualquer cidadão obter acesso à determinada informação ou documento produzido pela Administração Pública, seja por meio de canais físicos ou digitais, tais como os portais governamentais oficiais, seja por meio da realização de solicitação (TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 793).

Ressalta-se que o acesso à informação pode ocorrer na forma ativa, porquanto disponibilizada pelo Poder Público de ofício, sem necessidade de provocação, conforme

expresso no art. 7º do Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação - LAI; ou na forma passiva, em que é necessário requerimento para consumir o seu acesso, consoante especificado no art. 9º do referido decreto. Em ambos os casos, o cidadão deve ter o seu direito de acesso à informação atendido.

Aponta-se, ainda, para a necessidade de não haver ocultamento das informações de caráter público dentro de Estados Democráticos, uma vez que o poder se encontra na vontade popular e, através da informação, é possível que o cidadão participe de forma democrática nas decisões e desenvolvimento do Estado (MELLO, 2013, p. 117).

Infere-se, então, que a noção de Democracia está interligada com a ideia de fluidez de informações, sendo primordial para a manutenção dos direitos fundamentais. A ausência do direito à informação em uma sociedade sentencia a população à ignorância, à alienação, limitando sua capacidade de formar opinião ou mesmo acompanhar e fiscalizar os atos públicos. Atualmente, o acesso à informação tem sofrido modificações bastante significativas através da utilização das novas tecnologias, as quais acabam por propiciar um acesso mais seguro e rápido às informações, buscando contribuir para ampliar a cidadania (ZBOROWSKI; ANGELIN, 2020, p. 46-47).

Posto a importância do acesso à informação e da Democracia, deve-se ressaltar a relevância do envolvimento dos cidadãos na governança, ao mesmo tempo, em que é necessário o acolhimento desses cidadãos por parte da Administração Pública, fazendo surgir a sociedade do conhecimento, com o importante papel de modernizar essa governança. Nesse cenário destaca-se a internet, que vem proporcionando aos Governos a abertura de canais de relacionamento com a sociedade, viabilizando ao cidadão a participação mais efetiva na Administração Pública (SANTOS, 2012, p. 26).

É por meio da participação mais ativa da sociedade nas questões públicas que conseguir-se-á a efetivação de uma gestão mais transparente e democrática. Vez que, todos possuem direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo, ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, é o que preceitua o art. 5º, inciso XXXIII da CRFB.

É notório que a sociedade atual tem urgência em transformações, urge por tecnologia,

ciência e velocidade na transmissão de conhecimentos. Sendo assim, o modelo arcaico da maioria das Administrações Públicas Municipais, que não acompanham a sociedade moderna, deve prezar por adequações na forma em que realizam os atos administrativos. Deve-se considerar, de igual forma, que o uso das tecnologias inseridas na gestão pública traz inúmeros benefícios, tanto para os cofres públicos, como para os cidadãos, que conseguem acompanhar de perto as tomadas de decisões realizadas pelo gestor.

Outrossim, a nova Lei de Licitações, atualmente, em fase transitória, trouxe ainda mais a aplicação nas licitações sob a forma eletrônica, sendo admitida, de forma, excepcional, a modalidade presencial, desde que motivada e mesmo assim, a sessão pública deve ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo, conforme preceitua o art. 17, §2º da Lei. 14.133/2021. Ademais, como incentivo para a modalidade eletrônica, o §4 do art. 17 da mesma lei, aduz que a Administração poderá determinar, como forma de condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

As novas tecnologias proporcionam um resultado positivo no que se refere ao pluralismo político, bem como ao acesso à informação dos órgãos públicos, possibilitando que as pessoas possam participar das decisões de maneira mais democrática (SANCHÉZ BRAVO, 2010, p. 18). De fato, as novas tecnologias podem e devem projetar a Democracia a um novo nível, onde a relação cidadão-estado é mais fecunda e transparente, bem como propiciar novos benefícios para a sociedade, ao permitirem uma maior propagação do conhecimento, tornando mais sólido o desenvolvimento da cidadania e dos ideais de uma Democracia (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 12, *apud*, ZBOROWSKI; ANGELIN, 2020, p. 48).

Um novo modelo de Administração Pública, denominado de “governança responsiva” pela Organização das Nações Unidas em 2005, caracteriza-se pela relação de empoderamento entre os cidadãos e o Estado; seus princípios orientadores são a responsabilização, a transparência e a participação; e o atributo-chave é a responsividade. Este paradigma inovador desponha em paralelo com formas inéditas de pensar e agir, apoiadas nas modernas TIC, permitindo um processo de decisão mais informado e transparente. Além disso, o uso dessas tecnologias permite uma interface governo-cidadão de mão dupla, via sistemas de comunicação eletrônica e transações seguras no fornecimento de serviços e integração interorganizacional, possibilitando ao usuário resolver múltiplos problemas em um único ponto de acesso virtual,

com implicações na responsividade e responsabilização governamentais. (BRAGA, *et. al.*, 2008, p. 8).

As iniciativas relacionadas ao governo eletrônico atuam no sentido de simplificar os procedimentos administrativos; tornar os processos de produção legislativa mais transparentes; aproximar o governo do cidadão pela via da internet; e melhorar a eficácia, a eficiência e a competitividade da Administração Pública (LÉVY, 2004, *apud*, BRAGA, *et. al.*, 2008, p. 9).

Dessa forma, com a utilização do pregão eletrônico pela Administração Pública Municipal, as informações disponibilizadas pelos portais de informação da municipalidade, podem contribuir para a promoção da cidadania pela facilitação do acesso e o exercício de direitos: direito à informação de interesse particular; direito aos serviços públicos; direito a ser ouvido pelo governo; direito ao controle social do governo e direito à participação na gestão (ZBOROWSKI; ANGELIN, 2020, p. 49).

O Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP contribui para o acesso à informação dos cidadãos, fomentando ainda mais, o caminho digitalizado que as novas licitações ganharão a partir da nova Lei de Licitações.

Assim, constata-se que o uso dos websites municipais para o atendimento ao cidadão necessariamente “não confere cidadania, mas pode contribuir para o seu avanço, considerando que a construção da cidadania é um processo de permanente renovação e ampliação de suas frentes e possibilidades” (VAZ, 2007, p. 17).

Todavia, deve-se ressaltar que, apesar da existência da Lei de Acesso à Informação - LAI, o abismo para o que ocorre no plano real é imenso. Apesar das determinações previstas na referida lei em relação às informações que devem ser disponibilizadas nos portais digitais de forma ativa pela Administração Pública, o que ocorre, na verdade, é o seu descumprimento por órgãos públicos, em razão de dados desatualizados ou links inoperantes, ou inexistentes (SALGADO, 2020, p. 131).

Santos, Bernardes e Rover (2012, p. 144, *apud* TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 794) fizeram uma constatação, no sentido de que o atendimento da LAI estava aquém do desejado, a partir de pesquisa empírica, ao avaliarem portais digitais de diversos municípios dos Estados de Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Em outra pesquisa mais recente, constatou-se, em municípios da região sul do Estado

de Santa Catarina, o cumprimento da maioria dos itens referentes à disponibilização ativa de informações técnicas, porém sem qualquer adaptação quanto à linguagem utilizada nos portais digitais, ou de facilitação de acesso por organização temática, ou utilização de padrões de usabilidade, o que inviabiliza a compreensão destas pelos cidadãos e, portanto, não resulta em transparência (TAVARES, 2021, p. 165, *apud* TAVARES; BITENCOURT; CRISTÓVAM, 2021, p. 794).

Diante das perspectivas aqui apresentadas, é notório que ferramentas eletrônicas, como no caso do pregão eletrônico, possuem o condão de fomentar a publicidade e a transparência dos atos administrativos, o que viabiliza o acesso à informação e consequentemente o exercício da Democracia pelos cidadãos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa, perquiriu-se pelos princípios administrativos da publicidade e da transparência como âncoras da Democracia. Viu-se que, via de regra, tem-se a publicidade, sendo que a sua ausência é permitida somente em casos específicos.

Mais do que apenas um princípio com fulcro na divulgação dos atos da Administração Pública, o princípio da publicidade possibilita o acesso ao conhecimento aos cidadãos dos inúmeros atos administrativos praticados nas diversas fases do procedimento licitatório, situação essa que permite aos cidadãos exercerem a sua cidadania e a fiscalização dos referidos atos.

Abordou-se, ainda, a Lei de Acesso à Informação e a sua relevância ao transportar para o plano físico normas garantidoras do acesso à informação no âmbito da Administração Pública.

Evidenciou-se que sem transparência dos atos públicos, não há que se falar em Democracia, muito menos na possibilidade de exercer a cidadania, assim, referidos institutos devem andar juntos para uma efetivação real da Democracia.

Por conseguinte, versou-se sobre o instituto do pregão, perfazendo-se um breve histórico do seu surgimento e adiante, a delimitação do pregão eletrônico e sua eficiência quando comparado com o pregão presencial.

O pregão eletrônico tem o escopo de trazer transparência, eficiência e publicidade ao processo licitatório. Por intermédio da modalidade eletrônica, qualquer cidadão, do conforto da sua residência, tem a possibilidade de acompanhar todo o desenvolvimento de uma sessão,

assim como, acessar os documentos, de forma a viabilizar a confiança depositada do cidadão ao gestor público.

Constatou-se que, apesar do pregão eletrônico ser obrigatório no âmbito federal, ele é pouco utilizado pelos municípios. Falta de conhecimento das vantagens, falta de condições técnicas e equipe treinada são alguns pontos levantados pelo não uso dessa ferramenta.

Na sequência, compreendeu-se a relevância do acesso à informação, visto que é extremamente necessário não haver nenhuma forma de ocultamento das informações de caráter público dentro de Estados Democráticos. Outrossim, é através do acesso à informação que o cidadão consegue participar de forma ativa e democrática no desenvolvimento da região em que vive.

Pode-se perceber que, com um mundo cada vez mais globalizado e tecnológico, a Administração Pública tem o papel de se modernizar e simplificar, posto que, é através da modernização da gestão pública que ocorre a desburocratização, é através da tecnologia, que se permite aos cidadãos acessar os gastos públicos, assim como, inúmeros outros dados, a partir de um toque na tela.

Continuar com um modelo arcaico de Administração Pública é negar as transformações em que estamos vivendo, pois elas já são realidades, não adequar as ferramentas utilizadas nos atos administrativos é obstar a transparência de uma Administração Pública.

A noção de Democracia na atualidade está diretamente interligada com a ideia de fluidez de informações. Em um Estado Democrático de Direito, se torna evidente que ferramentas de tecnologia, como a utilização do pregão eletrônico, para fornecer informações aos cidadãos pelos entes públicos, está indissociavelmente ligada à noção de promoção de direitos de cidadania.

Dessa forma, pode-se dizer que a presente pesquisa permitiu a conclusão de que o diferencial do pregão eletrônico com relação às demais modalidades licitatórias é, justamente, a transparência, agilidade e eficiência, bem como, a possibilidade de os cidadãos acompanharem todos os atos do processo licitatório.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BERLOFFA, Ricardo Ribas da Costa. A nova modalidade de licitação: pregão: (breves

comentários à Lei federal nº 10.520/02 - Lei do Pregão). Porto Alegre: Síntese, 2002.

BRAGA, Lamartine. V.; ALVES, Welington. S., FIGUEIREDO, Rejane. M. C. & SANTOS, Rildo. **O papel do Governo Eletrônico no fortalecimento da governança do setor público**. Revista do Serviço Público - RSP, 59(1), p. 05-21 janeiro/marco 2008. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/137/142>. Acesso em: 03/08/2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARLIN, Volnei Ivo. **Direito administrativo**. 3. ed. Florianópolis: Ed. OAB/SC, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Fundamento de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 6 ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Pregão presencial e eletrônico**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HEINEN, Juliano. Comentários à Lei de acesso à informação: Lei no 12.527/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 14-15.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso A. B. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. 1136 p.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Pregão presencial e eletrônico**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: ideias ferramentas úteis para o pesquisador do direito**. 10 ed. Florianópolis: OAB/SC, 2007, 248p.

SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de acesso à Informação: Lei 12.527/2011**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 131.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. **A nova sociedade tecnológica: da inclusão ao controle social. A Europa é exemplo?** Tradução Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SANTOS, Francineide Josina dos. **Pregão eletrônico como ferramenta de eficiência administrativa: um estudo no instituto federal de Pernambuco – campus Recife**. 2012. 100 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Gestão Pública, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10497>. Acesso em: 03 ago. 2023.

SANTOS, Paloma Maria; BERNARDES, Marciele Berger; ROVER, Aires José. **Teoria e prática de governo aberto: lei de acesso à informação nos executivos municipais da região sul**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, p. 144.

TAVARES, André Afonso. **Governo digital e aberto como plataforma para o exercício do controle social de políticas públicas**. Dissertação (Mestrado em Direito). UNESC. Criciúma, 2021, p. 165.

TAVARES, André Afonso; BITENCOURT, Caroline Müller; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A lei do governo digital no brasil: análise das contribuições à transparência pública e à concretização do exercício do controle social. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.L.], v. 26, n. 3, p. 788-813, 30 dez. 2021. Editora UNIVALI. <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v26n3.p788-814>.

VASCONCELO, Giovana G. V. **A garantia constitucional da licitação na modalidade pregão na forma eletrônica**. *Revista Direito Público – Estudos conferências e notas*. v.1, n. 13, p. 134 - 154, jul./set. 2006.

ZBOROWSKI, Jocelit; ANGELIN, Rosângela. **Democracia e acesso à informação nas compras públicas municipais por meio do pregão eletrônico**. *Revista Gesto: Revista de Gestão Estratégica de Organizações*, [S.L.], v. 8, n. 2, p. 43-55, 12 maio 2020. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. <http://dx.doi.org/10.31512/gesto.v8i2.56>.

A UTILIZAÇÃO DOS INSTRUMENTOS E TÉCNICAS NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL DO ASSISTENTE SOCIAL COMO PERITO JUDICIAL

Daisy Martins de Oliveira

Eliziane da Rocha Monteiro

RESUMO

De acordo com o princípio da indisponibilidade, estabelecido no artigo 5º, XXXV, da CF/1988, é fundamental para garantir a justiça e os direitos de todos os cidadãos que o Poder Judiciário analise qualquer lesão ou ameaça a direitos. Nesse viés, a presente pesquisa tem como objetivo abarcar a atuação do Assistente Social dentro do âmbito sociojurídico, em específico nas Varas de Família, bem como seus instrumentais técnicos utilizados e os desafios enfrentados no cotidiano profissional. Entre os laudos emitidos pelo Assistente Social, destaca-se o estudo social que é o documento elaborado como resultado do processo de avaliação realizado pelo perito, que tem a finalidade de fornecer informações ao juiz, colaborando para que ele tenha informações claras sobre a questão social a ele apresentado. Este trabalho foi elaborado utilizando a metodologia dedutiva e demonstrou a necessidade da regulamentação de uma capacitação qualificada ao perito que deseja atuar no judiciário, além da supervisão de campo. Nesse sentido, observa-se que a falta de supervisão pode trazer desafios significativos para os peritos que desejam atuar na área, podendo comprometer a qualidade das perícias realizadas, prejudicando a efetividade das intervenções, bem como afetar o curso de um processo judicial. Por essa razão, é fundamental a regulamentação da capacitação dos profissionais que desejam atuar no âmbito forense pelo Conselho Nacional de Justiça, além da realização de uma supervisão adequada para aprimorar a atuação do assistente social no contexto jurídico e a prestação jurisdicional desses profissionais.

Palavras-chave: Serviço Social; Direito; Campo Sociojurídico; Competências Profissionais.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema central "Os Instrumentais Técnicos do Serviço Social e a Atuação Profissional do Assistente Social no Âmbito Forense". Exploraremos a relevância e o papel dos instrumentais técnicos utilizados pelos Assistentes Sociais no contexto forense, destacando suas contribuições para a resolução de conflitos familiares e proteção dos direitos de crianças e adolescentes. A atuação do Assistente Social nesse cenário é de extrema importância

para garantir intervenções adequadas no sistema judiciário.

Dentro desse contexto, é fundamental analisar o acesso ao serviço judiciário e o acesso a uma decisão justa, além de considerar o princípio da efetividade. Esse princípio é uma espécie de tutela jurisdicional, pois é obrigação do Estado prestar uma jurisdição eficaz.

Assim, a fim de garantir a razoável duração do processo e estabelecer essa garantia como uma regra constitucional com status de cláusula pétrea, surgiu o art. 5º, LXXVIII, CF/88, a partir da reforma judiciária, que estabelece: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a sua tramitação".

Desse modo o Conselho Nacional de Justiça, surge com a missão de efetivar esses princípios, bem como resgatar a credibilidade do Poder Judiciário.

A pesquisa se justifica pela necessidade de compreender mais profundamente o papel dos Assistentes Sociais no âmbito forense e o uso de instrumentais técnicos nesse contexto. O Serviço Social desempenha um papel fundamental na promoção do bem-estar social e na busca por soluções justas em disputas familiares e questões relacionadas à infância e juventude. Investigar as principais dificuldades enfrentadas por esses profissionais na elaboração de laudos e pareceres técnicos, além de contribuir para aprimorar as práticas e a formação desses profissionais.

Diante desse contexto, o problema central que norteia nossa pesquisa é: Quais são as principais dificuldades apresentadas pelos peritos Assistentes Sociais na elaboração de laudos e pareceres técnicos solicitados pelas Varas da Família do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na Comarca de Joinville?

Parte-se da hipótese de que as principais dificuldades enfrentadas pelos peritos Assistentes Sociais na elaboração de laudos e pareceres técnicos estão relacionadas à complexidade das dinâmicas familiares, à necessidade de articulação entre a perspectiva social e jurídica, bem como à exigência de conhecimentos específicos para avaliações sociojurídicas.

O objetivo geral desta pesquisa é compreender as dificuldades enfrentadas pelos peritos Assistentes Sociais na elaboração de laudos e pareceres técnicos nas Varas da Família do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, contribuindo para a reflexão e aprimoramento das práticas profissionais nesse contexto.

Quanto aos objetivos específicos: a) Relatar a importância da perícia técnica realizada

pelo assistente social no âmbito do judiciário; b) Descrever as dificuldades enfrentadas pelo perito em um processo judicial; e c) Analisar a relevância do parecer técnico para embasar decisões judiciais.

Este estudo adotou uma abordagem descritiva, com base em pesquisa bibliográfica e coleta de dados por meio de entrevistas e questionários. Foram entrevistados profissionais da área, como a assistente social forense do setor psicossocial do fórum de Joinville/SC, assistente social externa e o juiz da vara da família.

A pesquisa bibliográfica foi utilizada como embasamento teórico, enquanto as entrevistas forneceram informações práticas e significativas sobre as dificuldades enfrentadas pelos peritos assistentes sociais. A análise dos dados coletados permitiu uma compreensão aprofundada dos temas abordados neste estudo.

1. COMPETÊNCIAS PROFISSIONAIS

A lei nº 8.662/93, que regulamenta o exercício da profissão do Serviço Social, prevê as atribuições originárias que podem ser exercidas pelo profissional, entre elas destacam-se que o assistente social pode atuar como coordenador de projetos e perito judicial.

Dentro do âmbito sociojurídico é atribuição privativa do assistente social realizar laudos, perícias técnicas e pareceres, elaborando estudos socioeconômicos, culturais e vínculos comunitários (IAMAMOTO, 2004). Diante deste cenário, vê-se que a atuação do assistente social no judiciário mostra uma preocupação da justiça em considerar os aspectos territoriais, culturais e as modulações que ocorrem na sociedade, onde busca-se garantir a dignidade da pessoa humana prevista no preâmbulo da nossa Constituição Federal (FÁVERO, 2003).

Nesse viés, dentro das competências do Assistente Social como perito judicial, o profissional deverá elaborar um parecer claro, objetivo e que responda à questão que motivou o requerimento da intervenção técnica, a fim de auxiliar o Magistrado e o Ministério Público. Dentro da Vara da Família e da Infância e Juventude, o olhar técnico do Assistente Social deverá ir de encontro com o melhor interesse da criança e do adolescente (FÁVERO, 2003).

Ao ser nomeado um Assistente Social para atuar em um processo judicial, espera-se que o perito traga com o seu olhar técnico, os conceitos do padrão de moradia a exemplo, indo além da primeira visão que temos, buscando enxergar se a moradia da pessoa segue os padrões

básicos do que se entende como moradia adequada, considerando-se transporte público, saneamento básico, condições socioeconômicas e rede de apoio, com foco ao acesso aos serviços ou pela ação de direito (IAMAMOTO, 2004).

Desse modo, quando ocorre a nomeação de um perito para conhecer o círculo familiar dos interessados em uma disputa de guarda e visitas de uma criança ou adolescente, curatela, ou, adoção, o perito que emitir o laudo deverá ter um conhecimento sobre a lei que rege a questão e ir de acordo com o projeto ético-político da profissão (FÁVERO, 2003).

Na perícia feita no âmbito sociojurídico é importante destacar a dimensão investigativa que é utilizada pelo Assistente Social, tratando-se de uma dimensão que possui uma característica que leva o perito a fazer questionamentos e reflexões, mas que não tem o poder de polícia, de maneira que, o técnico irá elaborar seu relatório com as informações que recebe do sujeito (FÁVERO, 2003).

Para realizar a sua perícia, o técnico também poderá utilizar de outros instrumentos como o contato com a rede do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), incluindo o Centro de Referência da Assistência Social (CRAS); Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS) e o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), e a educação para conhecer melhor a realidade do sujeito e fundamentar o seu parecer (GUERRA, 2012).

Outro ponto que se pode ressaltar é o conhecimento territorial que o técnico deverá ter para realizar os seus encaminhamentos. O profissional expert por estar familiarizado com a infraestrutura social da cidade, a título de exemplo as áreas de lazer; saúde, educação, assistência social e cultura acessíveis para o usuário, poderá fazer os encaminhamentos necessários para o interessado, aumentando desse modo, a possibilidade da sua intervenção ser cumprida de forma mais efetiva pelo sujeito (IAMAMOTO, 2004).

Além de que, o técnico durante a etapa de investigação do seu relatório, poderá aprofundar-se na rede de apoio que aquela família possui, se há outros grupos de convivência e solidariedade, saber as suas expectativas sobre o processo, suas delimitações para receber orientação, responsabilidade para cumprir medidas determinadas pelas autoridades (FÁVERO, 2003).

Ainda, após emitir o seu laudo, o perito poderá fazer o monitoramento da evolução do processo até a sua sentença, a fim de acompanhar os desdobramentos do caso e, caso

identifique a necessidade de realizar uma nova intervenção, poderá fazê-lo. Esse requerimento também pode ser feito a pedido das partes, do Ministério Público ou de ofício pelo Juiz (FÁVERO, 2003).

Em tempo, tendo em consideração que o laudo pericial do Assistente Social pode ser objeto de contestação das partes, o Assistente Social poderá ser convocado como testemunha, contudo, deverá o perito observar o código de ética da profissão, respeitando-se o sigilo, observando-se o caso, cabendo ao perito, caso julgue pertinente pedir a dispensa da sua oitiva (FÁVERO, 2003).

1.1. A Atuação Do Assistente Social Como Assistente Técnico Judicial

Quando há a determinação de uma perícia social ou a pedido das partes, o advogado poderá apresentar quesitos para o perito que poderão servir como tese para a defesa durante o processo, conforme o artigo nº 421, § 1º, II, Código de Processo Civil. Assim, o Assistente Social técnico é um profissional autônomo e de confiança da parte pela qual foi contratado (TEPEDINO, 2004).

No entanto, não é costume das partes de um processo judicial, requererem um perito técnico assistente para acompanhar a perícia feita pelo técnico nomeado pelo juiz. Isso pode ocorrer devido ao interessado desconhecer a dinâmica de um processo judicial, em razão de ser um instrumento de defesa pouco utilizado pelos advogados, ou, pode ser devido ao custo porque a parte interessada que solicita um assistente técnico deverá pagar seus honorários, mesmo que se beneficie da justiça gratuita. Nesse sentido, entende que o perito designado pelo juiz já está exercendo suas atribuições de maneira imparcial e o trabalho do perito assistente se trata de um serviço adicional oferecido à parte, sendo que não havendo a atuação de um assistente técnico não trará prejuízos ao processo (MACIEL, 2002).

Desse modo, quando solicitado pelas partes, o perito assistente deverá oferecer o parecer técnico, responder aos quesitos formulados e apresentar manifestação sobre o laudo do perito nomeado pelo juiz, podendo haver concordância ou apresentar parecer divergente daquele feito pelo perito nomeado ou, ainda, apontar intervenções e acompanhamentos necessários. Importante ressaltar que a atuação do Assistente Social como perito assistente

durante uma demanda judicial está em consonância com o código de ética da profissão do Assistente Social lei nº 8662/1993 (ALAPANIAN, 2008).

Ao apresentar o laudo técnico feito pelo perito assistente, este será apreciado pelo magistrado, Ministério Público e pelas partes, sendo considerado como uma prova pericial, porém os apontamentos feitos pelo perito assistente poderão ser considerados parcial e favorável à parte que a contratou, ferindo desse modo o princípio da isonomia (FÁVERO, 2003).

2. OS INSTRUMENTOS TÉCNICOS UTILIZADOS PELO ASSISTENTE SOCIAL

O Serviço Social é fruto de construções feitas ao longo da história e com as mudanças que surgem na sociedade, agindo sobre a expressão da questão social, trabalhando na ressocialização, reabilitação e inclusão de seus usuários. A atuação profissional do assistente social no âmbito jurídico, vem para aproximar o judiciário da realidade das partes, de suas expectativas, inclusive do ponto de vista antropológico, onde as partes de um processo, em razão das suas adversidades, acabam por ingressar com um processo judicial (FÁVERO, 2003).

Assim, devido à importância da perícia social produzida no âmbito forense, justifica-se a necessidade da busca constante da autoavaliação feita pelo profissional, a fim que a sua perícia técnica colabore com o processo judicial (FÁVERO, 2003).

A perícia técnica sociojurídica teve início no Brasil a partir da década de 1940, na cidade de São Paulo, elevando-se, assim, a um marco histórico para a profissão psicossocial. Desde então, a perícia técnica passou a ser requisitada a fim de auxiliar os magistrados, sendo o perito técnico incumbido de elucidar as demandas encaminhadas a ele, através dos seus conhecimentos específicos, levando-se em conta a cultura, economia e território, utilizando-se os peritos dos instrumentos técnicos como um meio para o desenvolvimento da intervenção (GUERRA, 2000).

Nessa perspectiva, pode-se aferir que, dentro do âmbito sociojurídico, o julgador possui conhecimentos específicos e pode encontrar restrições para ter uma visão do contexto dos interessados na lide, podendo requerer a perícia social para ajudá-lo a trazer à luz uma situação, aumentando a sua capacidade de tomar certas decisões (FÁVERO, 2003).

Nesse contexto, o perito nomeado, após a leitura dos autos, poderá escolher os instrumentais técnicos que irá utilizar no seu trabalho. Isto posto, o perito deve considerar as

necessidades específicas de cada caso. Entre os instrumentais técnicos a saber são: entrevistas; observação; questionários; escala de avaliações; mapas e genogramas familiares, entre outros (YAMAMOTO, 2004).

A utilização da pesquisa bibliográfica, que se sustenta em um referencial teórico se distancia das noções comuns ao iluminar aspectos que requerem conhecimentos especiais para serem compreendidos. Levando o perito a se afastar das concepções comuns para apresentar suas opiniões e conclusões.

Para a escolha criteriosa dos instrumentos técnicos a serem empregados, é fundamental que o assistente social se atenha ao Projeto Ético Político - PEP, tendo em vista os princípios, valores e responsabilidades inerentes à atuação do profissional como assistente social e que devem ser sustentados em todos os momentos (NETTO, 1999).

Importante destacar que os peritos que desejam atuar no âmbito sociojurídico devem estar atento às normas jurídicas, nomenclaturas e outros aspectos legais que norteiam o judiciário para a elaboração da perícia social, bem como tenham habilidades de comunicação e argumentação para produzir relatórios e pareceres claros e objetivos, visto que o laudo será objeto de contestação das partes e poderá ser usado como fundamentação para a sentença judicial (GUERRA, 2012).

Os instrumentais técnicos do serviço social são ferramentas e técnicas utilizadas pelos assistentes sociais no exercício de suas funções profissionais, havendo autonomia técnica do profissional para a escolha dos seus instrumentais operacionais. Dessa maneira, os instrumentais técnicos escolhidos, visam auxiliar os assistentes sociais na organização das suas atividades do cotidiano, a exemplo de agendas, planilhas, telefone e outros (FÁVERO, 2003).

O perito também poderá utilizar-se de arcabouço teórico, a fim de buscar uma constante capacitação, tal como a pesquisa bibliográfica que tratasse de um instrumento teórico que permite ao técnico ir além do seu senso comum e se aprofundar em uma nova dinâmica social (BEHR, 2018).

O perito técnico também poderá utilizar de instrumentos como entrevistas técnicas, estudos sociais; visitas domiciliares; intervenções em grupo; encaminhamentos, pareceres técnicos e criação de projetos sociais. Essas são apenas algumas das principais ferramentas e técnicas que podem ser usadas pelo perito social. Cada uma dessas ferramentas tem sua

finalidade e é utilizada de acordo com a situação e a demanda do usuário (BEHR, 2018).

Para a elaboração do seu documento técnico, o perito pode optar a depender de cada caso fazer um Estudo Social; Parecer Social; Relatório Social ou um Parecer, que são ferramentas importantes para descrever; intervir ou apresentar suas conclusões com o a finalidade de auxiliar nas decisões judiciais, administrativas ou técnicas relacionadas ao bem-estar social e à proteção dos direitos humanos (BEHR, 2018).

Nesse sentido, o Estudo Social poderá ser feito sob uma perspectiva investigativa completa da realidade social de uma pessoa, família, grupo ou comunidade que é vulnerável ou que requer algum tipo de assistência. Este estudo pericial pode ser realizado por assistentes sociais e outros profissionais multidisciplinares que buscam compreender as condições de vida das pessoas, suas relações familiares, oportunidades de integração social e as necessidades de serviços e prestações de assistência social (BEHR, 2018).

Com relação à Perícia Social, pode-se aferir que se trata de um processo técnico-jurídico que envolve a avaliação técnica de situações e condições sociais relativas a reclamações apresentadas em processos judiciais ou administrativos (MACIEL, 2002).

O relatório social dá ao juiz a oportunidade de aprender sobre as condições de vida dos participantes; rede de apoio; dinâmica familiar; situação econômica; saúde e histórico educacional dos envolvidos no processo judicial. Com base nesses fatos, o juiz pode tomar uma decisão mais justa e equilibrada, levando em consideração as necessidades e os direitos de cada um. Além disso, a perícia social auxilia na identificação de possíveis problemas ou vulnerabilidades que possam afetar o bem-estar dos envolvidos (BEHR, 2018).

Assim, pode-se concluir que o relatório social desempenha um papel importante em um processo judicial, pois fornece informações cruciais que ajudam a fundamentar as decisões do juiz, podendo corroborar e até mesmo servir como fundamentação para uma sentença judicial (DAL PIZZOL, 2005).

A apresentação de quesitos é um instrumento utilizado pelas partes para auxiliar o perito judicial em um laudo técnico, levantando questões que devem ser abordadas pelo perito e fundamentadas em seu parecer. Segundo Dal Pizzol, (2007), os quesitos são perguntas, inquéritos, que podem ser formulados pelos assistentes técnicos, advogados ou pelo Representante do Ministério Público para a melhor elucidação do caso. Logo, os quesitos

podem ser apresentados em dois momentos: na petição inicial, ou apresentadas quando o juiz nomeia o perito, conforme dispõe o artigo 421, do Código de Processo Civil, que prevê o prazo de cinco dias a partir da intimação das partes interessadas para que apresentem seus quesitos, ou arguir a suspensão do perito nomeado pelo juiz (BEHR, 2018).

2.1. Estrutura Dos Estudos Sociais Com Base No Conselho Federal De Serviço Social, Resolução 557/2009

Em razão à grande demanda dos processos judiciais e a sobrecarga do pedido de perícia a equipe forense interna dos tribunais de justiça, em todo país houve o aumento de editais para a inscrição de profissionais no Cadastro Eletrônico de Peritos para a realização de perícias em processos judiciais, conforme a resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 233/2026 (DIAS, 2015).

Apesar da resolução do CNJ trazer um rol de exigência aos profissionais que desejam atuar no judiciário, observa-se que muitos peritos ao iniciarem no âmbito forense não possuem familiaridade com a linguagem jurídica e não possuem total compreensão do que é esperado de uma perícia técnica. É importante ressaltar que logo após o perito realizar a sua inscrição, poderá ser nomeado para apresentar perícia técnica sobre disputa de guarda, interdição e adoção, podendo o laudo ficar prejudicado e não responder o que é esperado no processo judicial. (BEHR, 2018). Nesse sentido, o perito externo que deseja atuar no âmbito forense deve observar a estrutura do laudo pericial recomendado pela resolução 557/2009 e com base nos itens do Conselho Federal de Serviço Social, que institui o Manual de Elaboração de documentos escritos produzidos pelo Assistente Social, tendo como um norte a estrutura recomendada para a elaboração do estudo social, relatórios e pareceres, conforme (CFESS, 2020)

Dessa maneira, sugere-se que o perito técnico após finalizar o seu laudo entre em contato com os interessados que participaram da sua perícia e, esclareça seus apontamentos e intervenção sugerida, para que não haja obscuridade, evitando assim em sua maioria a contestação do laudo pericial (BEHR, 2018).

3. ASPECTOS DE CONTEÚDO DAS PERÍCIAS TÉCNICAS NA “ANÁLISE” E “CONCLUSÃO”

Nesse aspecto a “Análise” possui uma das mais relevantes informações trazidas pelo

perito, pois deve apresentar o relato dos entrevistados, as condições e situações observadas nas visitas, ou os dados provenientes do estudo social. Essa proposta permite maior esclarecimento e diferenciação entre os dados coletados e a sua interpretação, o que contribui para aumentar a clareza quanto ao trabalho realizado e diminuir os riscos de uso parcial e descontextualizado das informações presentes nas perícias técnicas, devendo ser ampliada a utilização do referencial teórico e de conceitos e definições, o que destaca o uso de respaldo para essas interpretações em trabalhos científicos.

Quanto à “Conclusão”, dentro de um laudo, estudo técnico ou científico, deve ele concluir por alguma coisa, diante do litígio que lhe é apresentado de forma sintética e objetiva, apresentando um posicionamento claro referente à questão problema que originou o pedido de realização de perícia social.

3.1. Utilização Das Perícias Sociais Nas Decisões Judiciais

A perícia técnica possui um peso de prova nos autos de um processo, podendo ser fundamental para auxiliar o magistrado na tomada de decisão. Para a defesa da tese os advogados podem usar citação direta ou indireta de trechos do estudo social e em consonância com o conteúdo do documento; sem citação direta ou indireta do documento e em consonância com o seu conteúdo; com citação direta ou indireta do documento e em dissonância com o seu conteúdo; sem citação do documento e em dissonância com o seu conteúdo. A citação direta consiste na inclusão de trechos do documento na decisão judicial (ALAPANIAN, 2018).

A citação indireta é a referência ao documento ou à perícia social, sem detalhamento específico do conteúdo do documento (ALAPANIAN, 2018).

Logo, pode-se aferir que as perícias forenses são relevantes e corrobora, de maneira efetiva para a decisão judicial. Em decisões que o magistrado se basear em demais provas, a perícia social tem caráter interventivo, podendo continuar com os encaminhamentos feitos pelo perito, para que a decisão do juiz não tenha efeito apenas paliativo e seja de fato cumprida pelas partes. Além disso, o magistrado também poderá usar o laudo pericial como forma de fundamentar sua decisão, numa menção clara ao acolhimento da intervenção do Assistente Social no contexto judicial (ALAPANIAN, 2018).

RESULTADOS E DISCUSSÕES

As discussões serão apresentadas considerando-se as categorias do referencial teórico, analisando os instrumentais técnicos utilizados pelos peritos judiciais e as suas competências dentro do âmbito sociojurídico.

Depreende-se da leitura bibliográfica que se faz indispensável à capacitação contínua dos profissionais que desejam atuar dentro do poder judiciário, em razão da linguagem jurídica utilizada pelos operadores do direito, além de um conhecimento prévio das fases de um processo litigioso, assim como ciência das competências que são atribuídas ao perito profissional nomeado pelo magistrado.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, parágrafo 8º, estabelece o dever do Estado de assegurar assistência à família e de coibir a violência nas relações familiares. Desse modo, é imprescindível que o magistrado tenha acesso a todas as informações necessárias para fazer uma análise completa e justa da situação, garantindo assim a proteção dos direitos dos envolvidos.

Para corroborar com as informações extraídas da leitura bibliográfica, o magistrado da vara da família afirma: “Toda e qualquer forma de ampliar o conhecimento sobre a área, vai de encontro a qualificar a prestação jurisdicional”.

Ainda, nesse viés, o magistrado se manifestou sobre a importância de um laudo pericial completo para auxiliá-lo na tomada de decisão, vejamos: “A perícia psicossocial é um instrumento técnico utilizado para tomada de decisões sobre os pontos controvertidos no núcleo familiar em um processo judicial”.

Nessa seara, GUERRA (2013) destaca a importância da instrumentalidade para o estudo social “[...] a concepção de instrumentalidade encerra o pôr teleológico da intervenção profissional.” Diante disso, pode - se inferir que o posicionamento da autora vai de encontro com a afirmação do magistrado, pois, a seu ver “instrumentalidade” refere-se a todo o processo interventivo e não apenas à seleção dos instrumentos e técnicas a serem utilizadas.

Nesse sentido, pode-se aduzir que o perito social possui um papel importante dentro da esfera jurisdicional, podendo ser solicitado pelo juiz para auxiliar em um processo através de conhecimentos específicos do serviço social. Ou seja, o perito nomeado em um processo irá elaborar um relatório e emitir a sua opinião técnica sobre questões que lhe são submetidas

pelo(a) juiz(a) ou pelas partes, a fim de esclarecer fatos que auxiliem o Magistrado a formar sua convicção, por isso a importância da perícia social para levantamento de provas técnicas para um processo judicial.

Segundo o magistrado, "o aumento do número de peritos designados para realizar os estudos sociais em processos judiciais contribuiu para a obtenção de maior celeridade na tramitação dos mesmos". Isto é, a ampliação da nomeação dos peritos externos permitiu mitigar o acúmulo de processos que aguardavam a execução de perícias técnicas pelos profissionais internos do judiciário.

Ainda, para o magistrado, houve uma fundamental complementação no serviço jurídico prestado, tendo sido reduzido o tempo de espera pela realização da perícia técnica, sendo recebida de forma positiva pelas partes que buscam dirimir as pendências que deram origem a ação, vejamos: "houve uma imprescindível complementação/suporte na atividade forense, com a redução do tempo de espera dos núcleos familiares para a solução/encaminhamento das questões em discussão."

A partir disso, segundo (Fávero, Franco, Oliveira, 2020) em um contexto de PROCESSOS METODOLÓGICOS DE TRABALHO: PARTICULARIDADES DA PROFISSÃO, afirma que o assistente social, como ser social é detentor de competência para emitir 'opinião técnica' relativa ao objeto em análise, emite sua avaliação no interior de condições concretas de trabalho (afetada por diversas determinações), – no qual a instituição que demanda seu trabalho responde a determinados interesses e necessidades com determinadas finalidades, institucionais e profissionais.

Os trechos, a seguir, são trazidos pelo magistrado e pelas peritas internas e externas do judiciário que participaram da presente pesquisa, através de respostas aos quesitos apresentados (Apêndice A e B), onde ilustram algumas das complexidades enfrentadas na prática cotidiana do Serviço Social no âmbito forense, vejamos:

Questionada a perita externa sobre a oferta de capacitação ou supervisão pelo Conselho Nacional de Justiça para atuar no judiciário, esta relatou: "não tenho essa informação, caso tenha, é difícil acesso". Em confirmação ao relato da perita externa, a técnica forense interna esclareceu sobre a existência de capacitação para os servidores forenses: "Não. Em momentos pontuais foram oferecidas orientações aos profissionais a respeito das principais

demandas de atuação, porém essa prática não foi sistematizada e não adentrou em nenhum tipo de conteúdo técnico”.

Em relação aos desafios enfrentados ao emitir um parecer técnico, a perita externa deixou claro que: “O Perito tem maior dificuldade em se posicionar quando a parte omite informações ou quando percebe-se alienação parental e que cada interessado no processo defende a sua parte, esquecendo muitas vezes a criança ou adolescente envolvido, sendo que o Perito Assistente Social esteve in loco, visualizando a situação atual.”

Nesse sentido a perita externa destacou que “a falta de conhecimentos específicos do perito técnico sobre a área de atuação poderá prejudicar o processo judicial, desse modo, o perito deverá atentar para a necessidade de não emitir conclusões de forma parcial sem ouvir uma das partes do processo e agir de forma imparcial, buscando reflexões sobre o caso e garantir a aplicação do código de ética profissional e não ceder à pressão de responder “o que o juiz quer ouvir”.

Diante disso o magistrado se manifestou no sentido de considerar importante que ao realizar a perícia o técnico perito “Busque suporte em outras áreas de conhecimento” e que “percebe uma dificuldade dos peritos para realizar uma leitura de um aspecto maior da convivência dos familiares, distorções/simulações trazidas pelas partes e muitas vezes a dinâmica familiar que vive em constante mudança”.

Destaca-se que ao ser nomeado para realizar uma perícia judicial, o assistente social precisará conhecer o objeto da ação judicial e o que motivou as partes a ingressarem com a ação. Para isso, é preciso que o perito faça uma leitura atenta dos autos do processo, podendo encontrar algumas dificuldades para compreender a linguagem jurídica, por ser uma terminologia específica dos operadores do direito.

Nesse sentido, a assistente social externa apontou que a atuação do assistente social dentro judiciário encontra algumas dificuldades em relação aos termos jurídicos utilizados pelos operadores do direito, vejamos: “sim, principalmente nas nomenclaturas que são respectivas da parte jurídica, porém o curso de Perito Social ajuda a tirar as dúvidas, e quando necessito de alguma orientação, busco informações com o Assistente Judiciário”.

Nesse contexto, Fávero afirma que “o estudo social é um” processo metodológico próprio do serviço social com a finalidade de compreender criticamente, uma questão social

específica ou expressão social que é o foco da intervenção profissional, particularmente no que diz respeito aos seus aspectos socioeconômicos e culturais. [...] sua adequada aplicação adequada ao acesso, garantia e ampliação de direitos para os usuários vulneráveis dos serviços sociais e da justiça depende de sua fundamentação rigorosa, teórica, ética e técnica, que tem sistema de justiça como base o projeto da profissão (FÁVERO, 2014).

Pode-se observar que as considerações feitas pelo magistrado e pela perita externa confirmam as reflexões trazidas pelo autor (Fávero, 2014) ao aduzir que o assistente social utilizando-se de seus conhecimentos teóricos e práticos para realizar uma análise crítica e contextualizada da situação em questão, deverá levar em consideração a realidade dos sujeitos envolvidos, seu território e aspectos socioeconômicos, aprofundando-se na sua realidade, de forma a clarificar a situação vivenciada por eles.

Em síntese, o Estudo Social poderá ser feito sob uma perspectiva investigativa completa da realidade social de uma pessoa, família, grupo ou comunidade que é vulnerável ou que requer algum tipo de assistência. Este estudo pericial pode ser realizado por assistentes sociais e outros profissionais multidisciplinares que buscam compreender as condições de vida das pessoas, suas relações familiares, oportunidades de integração social e as necessidades de serviços e prestações de assistência social.

Logo, para a realização da perícia técnica o assistente social irá escolher os seus instrumentais técnicos que são de importante relevância para a elaboração do seu laudo, havendo autonomia técnica do profissional para a escolha dos seus instrumentais operacionais.

Com relação às demandas que são encaminhadas para estudo social, estas refletem situações complexas, que requerem o olhar de diferentes áreas do saber para que possam ser resolvidas ou para que, minimamente, os conflitos entre os litigantes de um processo possam ser minimizados.

Nesse aspecto o Serviço Social, a partir de seu arcabouço teórico, pode trazer importantes contribuições para que as decisões judiciais, pois, contemplem de forma ampla os direitos de todos os envolvidos, lançando especial luz sobre as questões que extrapolam a responsabilidade das famílias, visando um movimento de cobrança da devida intervenção do estado no apoio e suporte às famílias em litígio.

Assim, a atuação do assistente social no âmbito sociojurídico é muito específica e enseja

uma capacitação para o perito que deseja atuar na área. Ocorre que o perito que não possui familiaridade com um processo judicial, suas nomenclaturas e compreensão do que se espera de um estudo social, pode encontrar maior dificuldade em se posicionar quando a parte interessada omite informações, ou quando percebe um caso de alienação parental. Sendo que durante as entrevistas, cada interessado tende a defender a sua parte de forma parcial, esquecendo muitas vezes a criança ou adolescente envolvido.

Sobre a Perícia Social, pode-se aferir que se trata de um processo técnico-jurídico que envolve a avaliação técnica de situações e condições sociais relativas a reclamações apresentadas em processos judiciais ou administrativos.

O relatório elaborado pelo assistente social dá ao juiz a oportunidade de aprender sobre as condições de vida dos participantes; rede de apoio; dinâmica familiar; situação econômica; saúde e histórico educacional dos envolvidos no processo judicial. Com base nesses fatos, o juiz pode tomar uma decisão mais justa e equilibrada, levando em consideração as necessidades e os direitos de cada um.

Além disso, a perícia social auxilia na identificação de possíveis problemas ou vulnerabilidades que possam afetar o bem-estar dos envolvidos.

Assim, o relatório social desempenha um papel importante em um processo judicial, pois fornece informações cruciais que ajudam a fundamentar as decisões do juiz, podendo corroborar e até mesmo servir como fundamentação para uma sentença judicial.

Com relação ao desenvolvimento do estudo social, este tem a finalidade de conhecer e interpretar a realidade social na qual está inserido o objeto da ação profissional, ou seja, a expressão da questão social ou o acontecimento ou situação que dá motivo a intervenção, fazendo uso dos instrumentos técnicos operativos: leitura e análise do processo, contatos telefônicos com as partes para agendamento da entrevista, visita domiciliar, vídeo chamada (quando necessário), entrevistas, escuta qualificada, observações técnicas e Parecer Social.

Desse modo, os instrumentais técnicos escolhidos pelo assistente social são escolhidos para auxiliá-lo na organização das atividades do cotidiano profissional e desenvolvimento do seu laudo, a exemplo de agendas, planilhas, telefone e outros.

Assim, após ser nomeado para realizar um estudo social, o perito deverá fazer uma leitura atenta das informações constantes no processo para identificar a demanda e a partir dela

escolher os procedimentos que irá utilizar.

Para as demandas que envolvem disputa de guarda, o perito deverá realizar entrevista individual com as partes, caso vislumbre a possibilidade de intervenção em pontos específicos do litígio, a fim de minimizar o conflito entre eles, o perito poderá propor uma entrevista conjunta com esse viés.

Com relação à realização de entrevista com a criança ou adolescente, o perito deverá avaliar se a faixa etária é adequada e sendo necessário realizá-la, tendo o compromisso de garantir que submetê-la a esse procedimento não representará risco de dano. No caso da entrevista com crianças recomenda-se a utilização de um roteiro prévio para orientar a entrevista, no sentido de evitar perguntas não compatíveis com a condição da criança e que podem lançar sobre ela um peso de decisão ou responsabilidade.

A visita domiciliar é um dos instrumentos que o assistente social pode utilizar quando a demanda evidencia necessidade de conhecer de forma mais ampla o contexto de vida da pessoa. Essa evidência pode ser obtida tanto pelas informações já apontadas no processo, quanto após uma entrevista inicial com as partes. Para casos de interdição/nomeação de curadores, a visita domiciliar acaba sendo escolhida como opção prioritária, considerando a relevância de conhecer o contexto de cuidados para o estudo social. Para realizar a visita domiciliar, por se tratar de uma ferramenta que pode ser considerada invasiva, recomenda-se que o assistente social faça um agendamento prévio para realizá-las.

Ainda, para elucidar alguma obscuridade que se observe após a etapa inicial de obtenção de dados, o assistente social poderá avaliar a necessidade de realizar entrevista com membros da família ou pessoas da rede de apoio e convívio das partes.

Caso o assistente social opte em ampliar o número de entrevistados, recomenda-se que busque um equilíbrio entre a busca por informações com terceiros, de modo que, se requisitar entrevista com um familiar de uma parte, deverá igualmente fazer com a outra, para que a ampliação da compreensão sobre a problemática estudada ocorra de forma imparcial.

Durante a produção do estudo social, o perito, ao identificar intervenções da rede socioassistencial, de saúde ou educação, deverá entrar em contato por telefone, videochamada ou agendar reuniões, com a finalidade de trocar informações com os profissionais. Em casos complexos, aconselha-se que o assistente social realize estudo de caso, reunindo profissionais

dos diferentes serviços, inclusive do conselho tutelar.

Outro instrumental importante que o perito poderá utilizar para fundamentar seu parecer técnico é a consulta bibliográfica, além disso, este é um instrumental que também pode ser utilizado ao longo de todo o processo de avaliação permitindo ao técnico ir além do seu senso comum e se aprofundar em uma nova dinâmica social.

Com relação à discussão do custo de um perito assistente técnico à parte requerente, observa-se que não é habitual o requerimento de um perito assistente para acompanhar o perito nomeado pelo juiz. Inclusive, quando é solicitado o acompanhamento de um assistente técnico pode causar estranheza ao perito nomeado, quando este não se tem conhecimento do objetivo da perícia técnica feita pelo técnico assistente solicitado pela parte. Destaca-se que o perito assistente não deverá agir como um supervisor do perito nomeado, mas sim, apreciar profundamente os apontamentos feitos pela parte contratante, observando o código de ética da profissão.

Assim, para a realização de perícias sociais/estudos sociais, seja por profissional externo ou por servidor concursado, demanda alto nível de responsabilidade, sendo importante que houvesse algum tipo de supervisão do trabalho por parte de profissionais experientes que atuam no judiciário ou indicados pelo juízo. Pois, cada profissional deve compreender a necessidade de se capacitar de forma adequada para o exercício da tarefa, podendo haver referências mínimas de conteúdos a serem estudados e comprovados no rol de conhecimento dos peritos para que a qualidade do trabalho possa ser mantida num padrão mínimo. Destaca-se, a respeito desses conteúdos, que os servidores precisam comprovar seu conhecimento através de concurso, enquanto não há nenhuma exigência em relação aos peritos, o que tende a precarizar o trabalho e prejudicar a imagem da profissão no âmbito de atuação sociojurídica.

Diante do exposto, pode-se afirmar que os resultados obtidos indicaram que as perícias técnicas atendem o que é solicitado em um processo judicial e, havendo a necessidade, é determinada a complementação/esclarecimentos pelo magistrado.

As discussões apontaram que os autores bibliográficos utilizados para a presente pesquisa, as assistentes sociais e o magistrado concordaram em seu posicionamento que a não compreensão de termos técnicos poderá ocasionar a má interpretação por parte de profissionais de outras áreas ou até mesmo a desconsideração de trechos e informações importantes

presentes no documento.

Dessa forma, cabe ressaltar a importância da qualidade na elaboração dos laudos dos assistentes sociais, no que diz respeito aos procedimentos adotados na avaliação, estrutura e conclusões, para que esse documento expresse os resultados da avaliação pericial e possa contribuir de forma mais efetiva para as decisões judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta pesquisa é contribuir para o conhecimento dos assistentes sociais que desejam atuar no âmbito forense. É importante destacar que o inciso LXXVIII do art. 5º assegura a todos os cidadãos a razoável duração do processo, o que também é amparado pelo Conselho Nacional de Justiça. Nesse viés, considera-se importante a criação de uma resolução pelo CNJ para a qualificação uniforme dos peritos que desejam atuar em processos judiciais, assim como, uma supervisão após a capacitação, para acompanhar e auxiliar os peritos nesses primeiros contatos. Essa recomendação justifica-se para ter e manter a qualidade das perícias, assim como ocorre com o depoimento especial.

Outro ponto relevante, a pesquisa permitiu concluir que há uma estrutura prevista na Resolução CFESS para a redação, mas que o perito técnico tem autonomia para elaborar seu parecer levando-se em consideração a necessidade dos dados que devem ser explicitados, o que corrobora com código de ética da profissão, em razão ao respeito do sigilo profissional.

A revisão bibliográfica e as respostas dos profissionais experientes revelaram a importância da participação do perito social no processo judicial, a necessidade de uma análise aprofundada da realidade dos envolvidos, a imparcialidade e objetividade do perito, e a importância de uma formação adequada para garantir a qualidade dos laudos apresentados.

A pesquisa ressaltou a importância da "Conclusão" do laudo pericial, ele deve ser fundamentado e revelar um posicionamento claro sobre a questão que motivou o estudo social, ainda, que a atuação do perito deve ir além da elaboração do laudo buscando minimizar os conflitos entre as partes e se possível mediar às relações, bem como recomendações e encaminhamentos que julgar necessários. Este posicionamento foi amplamente discutido pelos autores Dal Pizzol e Fávero dada à necessidade de objetividade e clareza de posicionamento em decorrência da avaliação social.

A pesquisa constatou que a falta de um laudo adequado pode comprometer decisões importantes.

Pode-se chegar a essa conclusão, a partir da pesquisa bibliográfica e respostas dos quesitos enviados pelos profissionais expert da área. Com base nisso, pode-se afirmar que é fundamental que os assistentes sociais busquem uma formação contínua para melhorar o processo de avaliação das perícias e dos estudos sociais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALAPANIAN, Silvia. **Serviço Social e Poder Judiciário: Reflexões sobre o Serviço Social no poder judiciário**. Veras, São Paulo, 2008.

APPOLINÁRIO, Fabio. **Metodologia da ciência: filosofia e prática da pesquisa**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2006.

BEHR, Raquel Bergmann. **As Relações do Assistente Social em Equipes Interprofissionais: o Serviço Social no Espaço Sociojurídico**. Humanidades em Perspectivas, v. 3, n. 2, 2018.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL (CFESS). **Código de ética Profissional do Assistente Social**. Brasília, 2022.

CFESS. Conselho Federal de Serviço Social. **Atuação de assistentes sociais no sociojurídico: subsídios para reflexão**. Brasília, DF, 2014. (O sociojurídico e o serviço social, v. 4). Disponível em: http://www.cfess.org.br/arquivos/CFESSsubsidiarios_sociojuridico2014.pdf

CFESS. **Código de Ética do assistente social**, 1993. - 10ª. ed. rev. e atual. - [Brasília]: Conselho Federal de Serviço Social, [2012]. Disponível em: http://www.cfess.org.br/arquivos/CEP_CFESS-SITE.pdf. Acesso em 04 mar. 2022.

CFESS. **Lei de Alienação Parental: a alternativa punitiva legal e regulatória do Estado sobre mulheres e relações familiares**, 18 a 21 de fevereiro, 2020. Disponível em: <http://www.cressma.org.br/2022/02/26/lei-de-alienacao-parental-alternativa-punitiva-legal-e-regulatoria-do-estado-sobre-mulheres-e-relacoesfamiliares/>.

DAL PIZZOL, Alcebir et al. **O serviço social na justiça comum brasileira: aspectos identificadores perfil profissional**. 2007.

_____. **Estudo social ou perícia social?: um estudo teórico-prático na justiça catarinense: vislumbrando melhores serviços**. Editora Insular, 2005.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/65655/5077-Manual-de-Direito-das-Familias-by-Maria-Berenice-Dias-z-lib-org.pdf>

FÁVERO, E. T. **Instruções sociais de processos, sentenças e decisões**. <http://www.cressrn.org.br/files/arquivos/8W95x91Vh0eXhsCK46ge.pdf>;

FÁVERO, E.T; MELÃO, M.J.R. e JORGE, M.R.T. (org). **O Serviço Social e a Psicologia no Judiciário**. AASPTJ, São Paulo, Cortez, 2005.

Serviço social no poder judiciário: problematizando a utilização dos instrumentos e técnicas / Danielle Aparecida Albuquerque Bessa. – 2009. 139 f.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Norma de apresentação tabular**. Rio de Janeiro, 1993.

MAZZOROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **MANUAL DE METODOLOGIA DE PESQUISA DO DIREITO**. Editora Saraiva. 5ª edição. 2009. Acesso em: 15. abr. 2023.

MADALENO, A, C. C.; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção. **Aspectos legais e processuais**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTOS, A. C. V. dos. **Dos reflexos da alienação parental na guarda compartilhada**. 2021. Monografia (Direito) - Escola de Direito e Relações Internacionais. Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021. 60 f. Disponível em:
<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1422/1/TC%20ANA%20CAROLINA%20VIEIRA%20DOS%20SANTOS.pdf>

TAMASSIA, Maria Júlia Pimentel. O poder familiar no código civil de 2002 e estatuto da criança e do adolescente. Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas - EthosJus. v. 2, n. 1, 2005. Disponível em: https://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/o_poder.pdf.

TEPEDINO, Gustavo. **A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional**. In: Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/publicacoes/anais/detalhes/713/IV%20Congresso%20Brasileiro%20de%20Direito%20de%20Fam%C3%ADlia>.

DESAFIOS E OPORTUNIDADES NA DEMOCRACIA DIGITAL A PARTIR DO ACESSO À INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE COMPARATIVA NO CONTEXTO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Juliane Mayer Grigoletto¹

RESUMO

Este artigo se propõe a abordar os desafios e as oportunidades na democracia digital a partir do acesso à informação, comparando os contextos brasileiro e português. Justifica-se a proposta deste estudo, dadas as transformações sociais, políticas e tecnológicas que culminaram com o advento das novas tecnologias da informação e comunicação, permitindo a democracia digital, a qual busca explorar o potencial da internet e das plataformas digitais para fortalecer a participação política, a transparência e o acesso à informação, buscando aproximar os cidadãos dos processos decisórios e da gestão pública. Para tanto, objetiva responder ao seguinte questionamento o acesso à informação garante o exercício da democracia? A metodologia utilizada é a bibliográfica para a formulação de conceitos e a documental com análise de relatórios de pesquisas sobre democracia e democracia digital que trazem dados estatísticos e a opinião da população brasileira e portuguesa. O artigo foi dividido em três tópicos que exploram a democracia através dos tempos, a democracia digital, o acesso à informação como direito fundamental, concluindo-se com a análise comparativa entre Brasil e Portugal, no tocante à democracia digital. Espera-se, assim, que este estudo contribua para o debate acadêmico e para o desenvolvimento de soluções inovadoras que possam fortalecer as bases da democracia digital em ambos os países, fornecendo subsídios para promover uma participação cidadã mais ativa e informada em um contexto de crescente influência das tecnologias digitais na vida política contemporânea.

Palavras-chave: Democracia digital; Acesso à informação; Direito luso-brasileiro.

INTRODUÇÃO

A democracia, como forma de governo baseada na participação cidadã e na proteção dos direitos individuais, tem sido historicamente valorizada como uma das conquistas mais significativas da humanidade. No entanto, nas últimas décadas, testemunhou-se o surgimento de desafios complexos que ameaçam os fundamentos democráticos em diversas partes do mundo. A crise da democracia, caracterizada por crescentes desconfianças nas instituições políticas e o declínio da participação pública, preocupam estudiosos, políticos e cidadãos engajados.

¹ Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Advogada. profjugrigoletto@gmail.com

Nesse cenário de transformações sociais, políticas e tecnológicas, a democracia digital surge como uma área de estudo e atuação cada vez mais relevante. Com o advento das novas tecnologias da informação e comunicação, a democracia digital busca explorar o potencial da internet e das plataformas digitais para fortalecer a participação política, a transparência e o acesso à informação, buscando aproximar os cidadãos dos processos decisórios e da gestão pública.

Neste contexto, questiona-se o acesso à informação garante o exercício da democracia? É certo que o acesso à informação desempenha um papel relevante na sustentação e aprimoramento da democracia digital. Porém, se nem todos os cidadãos têm acesso aos dados governamentais ou conseguem interpretar esses dados, pode-se assegurar que exerçam a democracia ou participem do desenvolvimento de políticas públicas?

Deste modo, este artigo tem como objetivo: estudar a democracia ao longo dos tempos até a democracia digital; analisar os desafios e perspectivas da democracia digital, com foco especial no papel do acesso à informação como um elemento essencial para fortalecer os processos democráticos em dois países distintos, Brasil e Portugal.

Para fundamentar essa análise, a metodologia utilizada é a bibliográfica para a formulação de conceitos e a documental com análise de relatórios de pesquisas sobre democracia e democracia digital que trazem dados estatísticos e a opinião da população brasileira e portuguesa.

Através dessa investigação, espera-se contribuir para o avanço do conhecimento sobre a interseção entre democracia, tecnologia e acesso à informação, oferecendo insights importantes para formulação de políticas públicas, além de fornecer uma base para compreender as particularidades dos casos brasileiro e português.

O artigo foi dividido em três tópicos que exploram a democracia através dos tempos, a democracia digital, o acesso à informação como direito fundamental, concluindo-se com a análise comparativa entre Brasil e Portugal, no tocante à democracia digital.

Espera-se, assim, que este estudo contribua para o debate acadêmico e para o desenvolvimento de soluções inovadoras que possam fortalecer as bases da democracia digital em ambos os países, fornecendo subsídios para promover uma participação cidadã mais ativa e informada em um contexto de crescente influência das tecnologias digitais na vida política

contemporânea.

ASSIM CAMINHA A HUMANIDADE: A DEMOCRACIA ATRAVÉS DOS TEMPOS, A DEMOCRACIA EM CRISE E A DEMOCRACIA DIGITAL

Etimologicamente, o termo democracia possui origem grega, em que *demos* significa povo e *cratos*, poder; indicando que o povo está no governo de seus próprios caminhos. Ribeiro (2018, p. 61) aprofundando seu estudo, conceitua a democracia como “um regime político no qual a soberania, o poder, o governo é exercido pelo povo”.

A concepção etimológica se adequa à forma de democracia ateniense, pois, ao se pensar em democracia, volta-se ao tempo antigo, uma vez que é em Atenas, na Grécia, no séc. V que se encontra o seu berço. Certamente, que nesses idos, a forma da democracia difere muito do que se conhece atualmente por democracia representativa moderna. Naquela época, somente os cidadãos atenienses, ou seja, os homens nascidos em Atenas (uma minoria) tinham o direito de participar do governo, propor leis e votar em decisões importantes (Dahl, 2012).

Após o declínio de Atenas, a ideia da democracia não foi amplamente adotada por outras civilizações durante muitos séculos. No entanto, a semente da democracia continuou a influenciar o pensamento político ao longo da história.

Esses ideais ressurgiram durante o Iluminismo nos séculos XVII e XVIII. Filósofos como John Locke e Jean-Jacques Rousseau defenderam os governos baseados no consentimento dos governados, com respeito aos direitos e liberdades individuais, firmando-se nas Revoluções (Americana - 1775-1783 e Francesa - 1789-1799).

Fábio Konder Comparato (2003, p. 237) afirma que “desde a Antiguidade Clássica até a segunda metade do século XIX, a democracia sempre foi tida, entre os pensadores políticos, como um regime político subversor da hierarquia social”.

Didaticamente, concebe-se a divisão em democracia direta, quando o poder é exercido pelo povo, sem intermediários e indireta, quando o povo delega os poderes a um parlamento eleito e a executivos que vão governar através do estado (Ribeiro, 2018, p. 61-62) Em geral, a democracia indireta é de tipo parlamentar ou representativa. O filósofo Ribeiro (2018, p. 62) aborda também a existência da democracia autoritária, quando o “povo delega a um único indivíduo, uma autoridade, por determinado tempo ou vitaliciamente, o conjunto dos poderes”.

A democracia auxilia na compreensão do Estado Democrático de Direito, no qual os regimes jurídico-políticos são organizados com separação e independência em suas funções legislativa, executiva e judiciária. Essa possibilidade é típica das democracias ocidentais.

Partindo desse pressuposto, dizer que a democracia está em crise significa que o sistema político democrático de um país ou de uma região está enfrentando sérios desafios e problemas que ameaçam seu funcionamento efetivo e sua legitimidade.

Quando há uma crise na democracia, vários aspectos podem estar sendo afetados, e, das exposições dos estudiosos políticos (Pondé: 2019, Abranches: 2017 e Safatle: 2017), elenca-se alguns fatores: erosão das instituições democráticas, corrupção e falta de transparência, restrições às liberdades civis, polarização política, desigualdades sociais e econômicas, ascensão do populismo autoritário, desconfiança nas eleições.

Essas são apenas algumas das questões que podem indicar uma crise na democracia. É importante notar que a democracia não é um sistema perfeito e está sempre sujeita a desafios e mudanças ao longo do tempo. Ousa-se dizer que a propagada crise diz respeito ao modelo de democracia que se conhece, nos dizeres apocalípticos de Levitsky e Ziblatt (2018) “as democracias morrem”. Opta-se por acreditar que a democracia é dinâmica e, portanto, transforma-se (Siqueira, 2008). Assim, é preciso estar apto a compreender a democracia digital.

Pierre Lévy (1999, p. 214) ao tratar sobre o “mundo virtual” defendeu o uso ideal da internet para permitir a conjugação da inteligência dos seres humanos em favor do desenvolvimento e emancipação das pessoas, o que no exercício da política corresponderia a práticas mais diretas e participativas da democracia.

A teoria da democracia deliberativa alicerça a concepção de democracia digital, uma vez que com a:

(...) expansão da internet e o surgimento das redes sociais pareceram criar o ambiente perfeito para implementar todas essas proposições: um espaço livre de discussão, relativamente barato e acessível, em que os cidadãos podem ser informados de múltiplas formas e possuem um espaço permanente para expor e defender suas opiniões e pontos de vistas sobre assuntos variados. (Barcellos e Terra, 2022, p. 267)

A expressão “democracia digital” - e outras que lhes são próximas ou correspondentes,

como “democracia eletrônica”, “ciberdemocracia”, “democracia virtual”, “teledemocracia”, “e-democracia” e suas versões – é cada vez mais extensivamente empregada, por pesquisadores, políticos e militantes sociais e, enfim, pelo discurso público, podendo ser conceituada como: “emprego de tecnologias digitais de comunicação com o objetivo de corrigir, incrementar ou incorporar novos procedimentos ao processo político, no sentido de melhor atender a um ou mais princípios da democracia. (Almada et al. 2019, p. 163)

A bibliografia consultada, em sua maioria, utiliza o termo “democracia digital”, como cunhado por Barry Hague e Brian Loader em 1999, uma vez que para esses autores não há uma substituição das práticas políticas tradicionais, mas sim um complemento delas pela utilização de comunicação mediada por computador.

Conforme Wilson Gomes (2011, p. 27-28), a democracia digital é:

qualquer forma de emprego de dispositivos (computadores, celulares, smart phones, palmtops, ipads...), aplicativos (programas) e ferramentas (fóruns, sites, redes sociais, medias sociais...) de tecnologias digitais de comunicação para suplementar, reforçar ou corrigir aspectos das práticas políticas e sociais do Estado e dos cidadãos em benefício do teor democrático da comunidade política.

Sampaio et al. (2019, p. 695) abordam o estado da arte da democracia digital, mostrando que a utilização da tecnologia “para incrementar a democracia” ganhou “corpo com o surgimento da internet (...)”, a qual pareceu “ofertar canais para uma interação mais direta entre representantes, evitando, em grande medida, os filtros de partidos políticos e da mídia profissional”.

Assim, é possível compreender que a democracia digital é uma extensão do conceito tradicional de democracia que incorpora as tecnologias digitais e a internet para facilitar e aprimorar a participação cidadã no processo político e na tomada de decisão.

Em uma democracia digital, a tecnologia é utilizada para promover a transparência, o engajamento e a inclusão dos cidadãos no debate público e nas decisões governamentais.

Democracia pressupõe a participação popular e por isso Gomes (2016, p. 9-10) defende iniciativas de democracia digital que promovam o fortalecimento da cidadania com ênfase na transparência e na participação nas decisões sobre políticas públicas. Bem como, incrementa o

pluralismo e a representação da diversidade nas temáticas de discussão e nas agendas, consolidando os direitos dos indivíduos e grupos socialmente vulneráveis, a partir do acesso à justiça.

Embora a democracia digital tenha o potencial de fortalecer a participação cidadã e a responsabilidade governamental, também enfrenta desafios, como a exclusão digital (quando grupos marginalizados têm menos acesso à internet e à tecnologia) e a disseminação de informações falsas e desinformação.

É importante destacar que a democracia digital não substitui o sistema democrático existente, mas busca complementá-lo, criando novas formas de engajamento e participação dos cidadãos. O sucesso da democracia digital depende do equilíbrio adequado entre a tecnologia, as instituições democráticas e a participação ativa dos cidadãos.

Para o escopo do presente artigo, estudará o acesso à informação, como um dos aspectos da democracia digital.

É DIREITO E FUNDAMENTAL: O ACESSO À INFORMAÇÃO

O Direito passou por transformações que foram histórica e metodologicamente estruturadas em “eras” ou “gerações” de Direito. Assim, tem-se os direitos de primeira geração ligados à liberdade: direitos civis e políticos. Os de segunda geração: sociais, econômicos e culturais. Os de terceira, fraternidade ou solidariedade: desenvolvimento e progresso, meio ambiente, autodeterminação dos povos. A quarta geração compreende a democracia, a informação e o pluralismo, que como se percebe, decorre da globalização dos direitos fundamentais e de uma sociedade aberta para o futuro (Bonavides, 2014, p. 586)

De acordo com Bonavides (2014, p. 575): “os direitos fundamentais são aqueles que receberam da Constituição um grau mais elevado da garantia ou segurança”. Por esta razão, o acesso à informação é tido como direito fundamental, que está ligado à liberdade. Assim, tem-se o direito à liberdade de informação (Ferrari e Siqueira, 2016, p. 126) “que abrange os direitos de informar, de acesso à informação e de ser informado”. Refere-se ao princípio de que todos os indivíduos têm o direito de buscar, receber e compartilhar informações sem restrições indevidas por parte do governo, instituições ou outros atores privados. Esse direito é fundamental para o funcionamento adequado de uma sociedade democrática e é reconhecido

em várias declarações internacionais e constituições ao redor do mundo. Para tanto, foi positivado em nosso ordenamento jurídico, na CF, art. 5º, incisos XIV e XXXIII e art. 220.

Sendo o direito à liberdade de informação um direito fundamental, sabe-se que pode sofrer limitações quando se deparar com outros valores de ordem constitucional. (Ferrari e Siqueira, 2016, p. 126)

Ao discorrer sobre o direito fundamental à liberdade de informação Ferreira e Siqueira (2016, p. 134) aludem que: “a liberdade de informação abrange os direitos de transmitir, receber e buscar informações”.

Ao comentar a Constituição Portuguesa, Canotilho e Moreira (1993, p. 189) escrevem:

O direito à informação (...) integra três níveis: o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado. O primeiro consiste, desde logo, na liberdade de transmitir ou comunicar informações a outrem, de as difundir sem impedimentos, mas pode também revestir de forma positiva, enquanto direito a informar, ou seja, direito a meios para informar. O direito de se informar consiste designadamente na liberdade de recolha da informação, de procura de fontes de informação, isto é, no direito de não ser impedido de se informar. Finalmente, o direito de ser informado é a versão positiva do direito de se informar, consistindo num direito a ser mantido adequadamente e verdadeiramente informado, desde logo, pelos meios de **comunicação (...)** e **pelos poderes públicos (...)**

Ferrari e Siqueira (2016, p. 137) indicam que “o direito de informar é uma prerrogativa constitucionalmente assegurada de transmitir informações” e que pressupõe dois aspectos, um positivo, que diz respeito à participação popular nas emissoras de rádio e de televisão e outro negativo, que corresponde à vedação de bloqueio ou de censura, conforme ditames da CF, art. 220.

O direito de ser informado, corresponde ao disciplinado na CF, art. 5º, inciso XXXIII que assegura ao indivíduo a prerrogativa de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse. E aqui tem-se, o direito de receber informações veiculadas pelos meios de comunicação, sem qualquer intervenção estatal e a possibilidade de fiscalizar os atos administrativos (Ferreira e Siqueira, 2016, p. 141), pensamento corroborado por Bitencourt e Reck (2020, p. 34):

O direito de acesso à informação se fundamenta nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; art. 5º, IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

O direito de acesso à informação comporta sua observância a partir de dois âmbitos: 1) o direito de se informar, ou seja, o direito de buscar informações que se configurem de interesse público e que não afetem a proteção à privacidade e à intimidade preconizada pela Constituição de 1988; 2) o direito de ser informado, direito manifestado pela obrigatoriedade e dever de prestação pelo Poder Público de tornar pública a informação ou por aquele que aja em seu nome; é uma relação fundamental que independe da provocação do Poder Público por parte de seus administrados. Na verdade, a tratativa constitucional do tema deixa pouca margem à discricionariedade administrativa, pois a regra é a total publicidade, e a exceção são os casos relacionados à segurança do Estado e da sociedade.

Considerando esses vieses do direito de acesso à informação, que se conecta com a democracia, a partir do exercício da cidadania, tem-se a necessidade de transparência governamental, que permite que os cidadãos conheçam as atividades do governo, suas decisões e o uso dos recursos públicos, o que se perfectibiliza por meio dos denominados “portais da transparência”.

Observa-se a existência desses portais no Brasil e em Portugal, com as mesmas características: uma plataforma que permite aos cidadãos acessarem informações disponibilizadas pelos governos sobre temas que envolvam finanças, orçamento, meio ambiente, saúde, educação, segurança etc. Aqui e lá, os portais de transparência se replicam a nível nacional, estadual e municipal.

No Brasil, as normas regulamentadoras são: Leis n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), 13.460/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), e mais recente com o Decreto n. 11.529/2023, que instituiu o Sistema de Integridade, Transparência e Acesso à Informação da Administração Pública Federal e a Política de Transparência e Acesso à Informação da Administração Pública Federal. Em Portugal, a transparência encontra previsão em dispositivos constitucionais, arts. 226 e 227, no Código de Procedimento Administrativo, art. 14, na Lei n. 91/2001 (Enquadramento Orçamental), na Lei n. 46/2007 (Lei de Acesso aos

Documentos Administrativos, e na Lei n. 67/2013 (Lei-Quadro das Entidades Reguladoras).

Bitencourt e Reck (2020, p. 34) apontam que:

A transparência na gestão pública depende do princípio da publicidade e é um pressuposto do direito de informação, mas não se restringe a isso. Se o princípio da publicidade aduz o ideal da administração pública de exteriorizar seus atos, a transparência guarda relação com a demonstração dos meios utilizados e dos fundamentos racionais da escolha dos atos publicizados, propiciando aos cidadãos conhecer a formação das decisões políticas.¹⁰ A transparência estaria situada na ideia de interação ativa dos cidadãos com a administração pública, estando a publicidade mais restrita em relação à divulgação e à externalização, uma condição sem a qual os atos estatais não produzem seus efeitos necessários.

Importante esclarecimento é tecido por Bitencourt e Reck (2020, p. 35) quando explicam que a Lei n. 12.527/2011 é de “acesso à informação que traz o dever do Estado de garantir ao indivíduo, por todos os meios, referido acesso. Portanto, “transparência seria o objetivo, a finalidade, enquanto a informação seria o meio de publicizar para alcançar a transparências na gestão pública” (Bitencourt e Reck, 2020, p. 36 e 37).

Os doutrinadores portugueses Sérvulo Correia e Pedro Costa Gonçalves creditam que a transparência decorre do acesso à informação e da publicidade, equivalendo à administração aberta que promove a democracia participativa, uma vez que permite aos cidadãos os meios e as condições de acessar aos atos jurídicos realizados pela Administração Pública.

Considerando que o acesso à informação é facilitado pela tecnologia de informação e comunicação e internet, os autores Bitencourt e Reck (2020, p. 41) propõem “uma teoria geral do direito à informação contribui para a propagação de uma cultura de transparência, pois auxilia a identificar um conjunto de elementos, institutos e instrumentos que, interligados, permitem sua realização a partir também de uma teoria da interpretação adequada”.

Pedro Aranalde Fabrício (2023, p. 227) ao tratar sobre o papel do acesso à informação nas democracias constitucionais comenta: “a manutenção da normalidade democrática remete a determinados preceitos para sua concretização, v.g. a confiança na atuação das instituições, a divisão de trabalho entre os poderes e a publicização dos atos de interesse público”.

Lembra-se que não há uma solução única para conciliar o acesso à informação sem

autoritarismo, e a abordagem pode variar dependendo do contexto cultural, político e social de cada país. O importante é que a busca por um equilíbrio entre a transparência, o acesso à informação e o respeito aos direitos individuais seja um esforço contínuo em prol da democracia e do bem-estar da sociedade como um todo.

O QUE AS PESQUISAS REVELAM SOBRE A DEMOCRACIA NO BRASIL E EM PORTUGAL

Para tratar da democracia nesses países, pontua-se as semelhanças entre ambos: no último século, submeteram-se a regimes ditatoriais e autoritários, sendo que, atualmente, contam com uma Constituição que os consagra como Estados Democráticos de Direito, com separação formal de poderes, pluripartidarismo e governantes eleitos pelo voto popular. São considerados países de democracia jovem – Portugal 1976 e Brasil – 1988. A Assembleia da República e o Congresso Nacional, como Poder Legislativo, influenciam e são afetados pela tecnologia de informação e comunicação, uma vez que respondem por sua regulação e aplicação.

Traçadas as semelhanças, passa-se às pesquisas. Ribeiro (2018) trata do trabalho desenvolvido pelo “The Economist”: um levantamento sobre os vários regimes políticos, que ocorre de 04 em 04 anos, com o intuito de demonstrar como está a situação da democracia, denominado *Democracy Index*. No seu texto, acerca da “Democracia em crise?” ele expõe os resultados desse levantamento realizado em 2017, com 167 países, donde: 19 países foram classificados como democracia plena, a maioria deles sendo nórdicos, mas inclui Nova Zelândia e Uruguai; 57 países como democracia falha, aqui se inserem o Brasil e Portugal; 39 países como regimes híbridos; 52 países como regimes autoritários.

Os critérios utilizados por essa pesquisa são: processo eleitoral e pluralismo, funcionamento do governo, cultura política e liberdades civis, numa escala de 0 a 10. Nessa escala, quem se aproxima de 10 é classificado como democracia plena, na qual, além de se respeitar as liberdades civis e políticas, há uma cultura política que reforça os princípios democráticos. A média para mais, representa as democracias imperfeitas, nas quais as eleições são livres e as liberdades civis básicas são observadas, podendo apresentar algumas violações como a liberdade de imprensa, supressão menor de oposição e de críticos políticos. Assim como algumas falhas no processo de governança. Caindo na escala, tem-se os regimes híbridos, que

se caracterizam por fraudes eleitorais regulares, corrupção política, assédio e pressão contra a imprensa. Ao passo que os regimes autoritários são aquelas nações em que o pluralismo político é inexistente ou severamente limitado, ocorrem violações e abusos das liberdades civis e não independência entre os Poderes.

Ribeiro conclui seu artigo expondo que “o caminho democrático de realização é longo” e deixa uma mensagem de esperança, parafraseando Aristóteles: “a democracia é um sonho que caminha!” Reputa-se importante ter esperança como apontado no primeiro tópico, pois nessa dinâmica, a democracia não morre, se transforma.

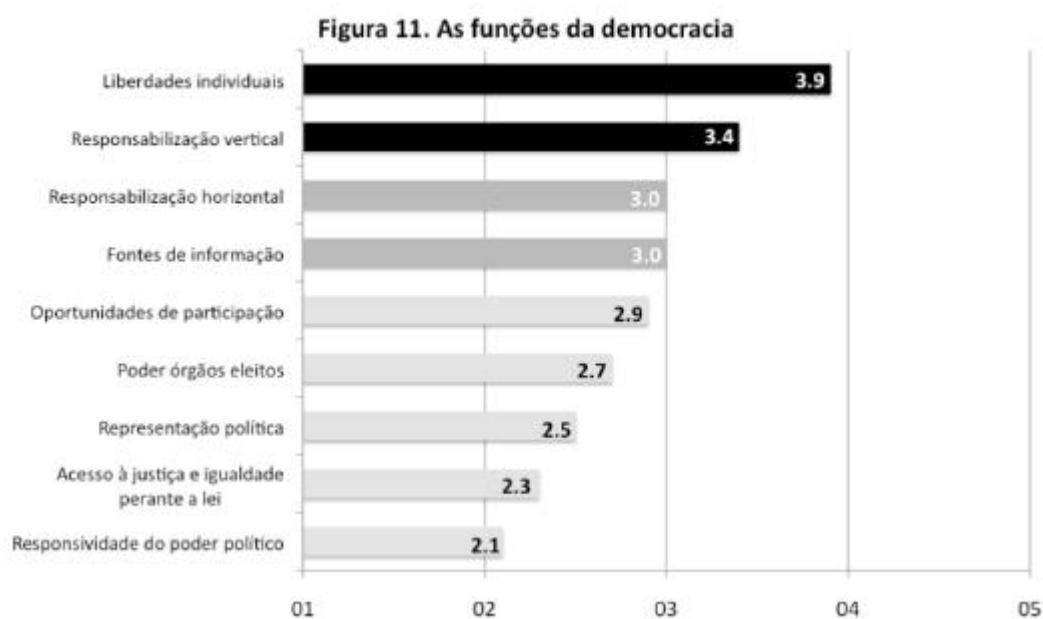
Almada *et al.* (2019) apresentou o resultado de uma coleta de dados acerca de democracia digital no Brasil, explicando que a coleta de dados se deu em 29 sítios eletrônicos dos ministérios do executivo federal, cujos pesquisadores foram divididos em 04 grandes grupos com os seguintes eixos temáticos: (1) transparência; (2) informação e educação para a cidadania; (3) direitos e acesso à justiça; (4) participação e deliberação. Apresentou seus resultados em forma de tabela, sendo que examinou, durante o ano de 2017, 119 iniciativas de democracia digital levadas a cabo pelo governo federal, apurando que 56 se referem à transparência (47,1%), 28 são de participação sem qualquer índice de deliberação (23,5%), 28 se referem à informação e educação para a cidadania (23,5%) e 7 para direito e acesso à justiça (5,9%). Do que concluíram:

A institucionalização, sob a forma de regulamentos internos ou leis, tem se mostrado como passo fundamental para a manutenção de iniciativas de democracia digital entre um governo e outro. Especialmente se consideramos que a gestão de Temer representou uma mudança radical do plano de governo de sua antecessora, Dilma Rousseff, podemos entender que ocorreu uma mudança também na compreensão de democracia digital. Poderíamos dizer que um modelo participacionista deu lugar a um modelo liberal. Há um indicativo, por exemplo, de que o governo Temer enfraqueceu a participação e manteve o que era politicamente pouco custoso ou mais valorizado pelos atores da coalisão que tomou o poder. É nesse sentido que entendemos a manutenção das iniciativas da transparência, pelo menos no momento em que a prospecção foi feita: como uma resposta às normas e às expectativas de atores entendidos pelo governo como relevantes, em vez de ter base em um entendimento do conjunto de valores democráticos caros à democracia digital.

Analisando esses dados, verifica-se que as maiores ações são as que decorrem de obrigatoriedade legal, como é o caso da transparência. Por isso o destaque feito por Almada acerca da necessidade de institucionalização para a perenidade da ação. Mesmo o acesso à justiça sendo uma garantia constitucional, houve pouca ocorrência, como demonstrou a pesquisa, o que certamente inviabiliza a consecução de direitos e políticas públicas.

Em Portugal, a pesquisa desenvolvida pela Sedes mensurou a qualidade da democracia na perspectiva dos cidadãos. Coube ao pesquisador Pedro Magalhães coordenar o projeto, que culminou com o relatório de julho de 2009.

O trabalho, numa escala de 0 a 5, sendo 5 “atende plenamente”, utilizou os seguintes indicadores: o gozo de liberdades cívicas e direitos políticos; o acesso à justiça e a igualdade perante a lei; a igualdade de oportunidades de participação política; a percepção de que os eleitos atendem às expectativas e exigências dos cidadãos; a disponibilidade de informação política imparcial e pluralista; o funcionamento das eleições como mecanismo de responsabilização e de representação; a existência de “freios e contrapesos” no sistema que impeçam abusos de poder e a percepção de que as decisões políticas são tomadas sem pressões externas ao processo democrático.



Fonte: Relatório inicial A Qualidade da Democracia em Portugal, p. 27

Combinando essa pesquisa com a realizada pelo “The Economist”, Portugal, na visão de

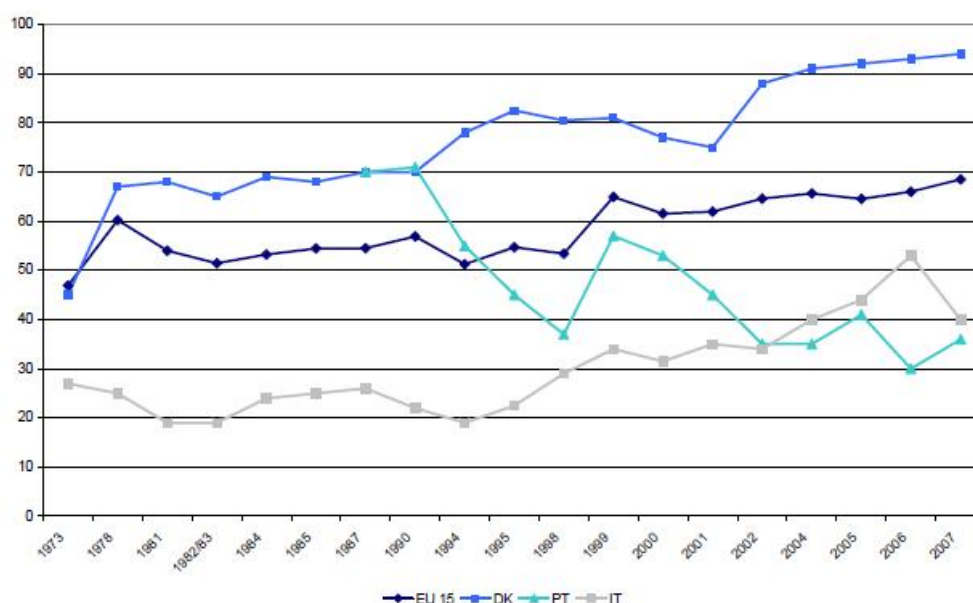
seus cidadãos, é uma democracia imperfeita. E, assim como no Brasil, tem problemas com relação ao acesso à justiça.

Os indicadores utilizados pelos pesquisadores da Sedes se concentraram nos pilares democráticos: Liberdade, Igualdade e Controle, o que demonstra que, para os portugueses, a democracia está mais atrelada ao exercício das liberdades do que ao processo eleitoral.

A Associação para a Promoção e o Desenvolvimento da Sociedade da Informação de Portugal (APDSI), realizou uma pesquisa sobre o desenvolvimento da democracia digital no país, sob a justificativa de que era importante conhecer o grau de satisfação dos cidadãos com relação à democracia.

O gráfico representativo dessa medição é o seguinte:

Gráfico 1. Satisfação com a democracia nacional na União Europeia (EU15), desde 1973



Fonte: Eurobarômetro. Montargil, Relatório APDSI, 2008, p. 42

Interpretando os dados, é possível visualizar que, no contexto da União Europeia, o grau de satisfação com a democracia se mantém quase constante, com uma tímida elevação a partir de 2000. Já em Portugal, a satisfação decresce de 1990, com elevação substancial em 1990, para novamente cair a partir de 2000. Levando os pesquisadores a concluírem que os portugueses, contrariamente aos demais europeus, não estão satisfeitos com a democracia:

Ao comentarem o gráfico, esta são suas conclusões:

Os três países com características mais particulares são a Dinamarca, a Itália e Portugal. A Dinamarca regista, desde o princípio da década de 1990 e de forma quase sistemática, os valores mais elevados de satisfação com a democracia na União Europeia. A Itália, por seu lado, regista, na maior parte dos estudos, o valor de satisfação mais baixo, de entre todos os países. Contudo, tanto a Dinamarca como a Itália acompanham a tendência geral de subida dos valores de satisfação com a democracia. Portugal destaca-se precisamente por ser o único caso em que esta tendência é claramente contrariada: de valores próximos dos 70%, em meados da década de 1980 e início da década de 1990, os valores de satisfação com a democracia em Portugal descem 20%, em cerca de 10 anos, continuando a registar valores baixos. (APDSI, 2008, p. 43)

De acordo com Cardoso, Cunha e Nascimento (2003), a partir de 1995, Portugal regula a utilização da tecnologia nas esferas públicas ao compreender que a fase atual da sociedade é a da informação e, possivelmente, o motivo que levou a insatisfação dos portugueses com a democracia foi a dificuldade de acesso e compreensão da internet como ferramenta de exercício da cidadania.

A APDSI apresentou seu relatório em dezembro de 2008 e concluiu sobre a relevância da utilização das tecnologias de informação e comunicação para criar mais oportunidades de desenvolvimento dos cidadãos. Para isso, recomendou: a continuidade de medidas que estimulem o crescimento da penetração tecnológica, com acesso e efetiva utilização pelos portugueses; que sejam disponibilizadas informações no Diário da República para que as pessoas possam acompanhar as decisões governamentais e judiciais. Destacaram a relevância em se avaliar os serviços eletrônicos colocados à disposição da população, bem como analisar a utilização de tecnologias da informação e comunicação pelos portugueses com metodologias que permitam comparações.

Outra recomendação, diz respeito a se avaliar e acompanhar o voto eletrônico, especialmente, por um Observatório de boas práticas de participação e administração eletrônica e realizar um diagnóstico sistematizado da utilização das tecnologias de informação e comunicação que permita uma caracterização global do caso português, apresentando propostas e recomendações detalhadas.

Como esse relatório foi apresentado há mais de 10 anos, acessou-se em julho de 2023

o sítio eletrônico da APDSI e nenhum novo relatório foi apresentado. Contudo, havia a informação de que Lisboa lançou a “Declaração de Lisboa – Democracia Digital com Propósito”, a qual elenca alguns compromissos sobre democracia digital:

Defender os direitos humanos, os valores éticos e a participação democrática no contexto da era digital, nomeadamente combatendo a discriminação, a desinformação e outras atividades online maliciosas, mas também afirmando a importância da conectividade acessível e da formação de competências digitais.

Promoção de múltiplas partes interessadas e uma cooperação internacional mais ampla no contexto digital, em áreas como padrões, infraestrutura, fluxos de dados, PeD e serviços online seguros e confiáveis.

Reconhecendo a importância das tecnologias verdes e digitais, como elemento-chave para um novo paradigma de crescimento económico, equilibrando inovação e competitividade com desenvolvimento socioambiental sustentável.

Portanto, Portugal está em busca da democracia digital que perpassa pelo acesso à informação.

Acerca da relevância da transparência e do acesso à informação, Fabrício (2023, p. 237) conclui: “A transparência e o acesso à informação são preceitos fundamentais para o desenvolvimento e o avanço dos regimes democráticos, mormente a considerar a necessidade de controle (por parte das instituições e dos cidadãos) dos atos praticados por representantes políticos eleitos”.

Na esteira das pesquisas desenvolvidas no Brasil e em Portugal acerca da democracia digital, demonstrou-se a relevância do acesso à informação como imprescindível para a participação democrática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho permitiu analisar o conceito de democracia e sua trajetória ao longo os tempos para se chegar na democracia digital. Constata-se que a democracia não é algo estanque e que a propalada crise é mais acerca do modelo que se conhece.

Compreende-se que a democracia digital é uma extensão do conceito tradicional de democracia que incorpora as tecnologias digitais e a internet para facilitar e aprimorar a

participação cidadã no processo político e na tomada de decisões. Permitindo-se o uso da tecnologia para promover a transparência, o engajamento e a inclusão dos cidadãos no debate público e nas decisões governamentais.

Destaca-se que a democracia digital não substitui o sistema democrático existente, mas busca complementá-lo, criando novas formas de engajamento e participação dos cidadãos. O sucesso da democracia digital depende do equilíbrio adequado entre a tecnologia, as instituições democráticas e a participação ativa dos cidadãos.

A democracia digital está intimamente ligada ao acesso à informação, haja vista que este acesso é considerado garantia fundamental. Decorrendo, deste modo que o indivíduo, consciente, possa exercer efetivamente sua cidadania.

Como o terceiro tópico foi dedicado a pesquisas realizadas pelo Brasil e por Portugal no tocante à democracia e a utilização das tecnologias de informação e comunicação para criar mais oportunidades de desenvolvimento dos cidadãos, concluiu-se que: é preciso continuar com medidas que estimulem o crescimento das tecnologias da informação e a efetiva utilização pelas pessoas. A manutenção de portais da transparência e de outros mecanismos de divulgação das decisões governamentais e judiciais, permite que as pessoas possam acompanhá-las, fiscalizando as ações governamentais. Bem como esses portais devem ser avaliados pelos usuários e também por organizações não governamentais, a exemplo dos observatórios permitindo melhorias.

Assim, respondendo aos questionamentos iniciais, do estudo realizado entendeu-se que o acesso à informação garante o exercício da democracia quando contemplado nas vertentes do direito de se informar e no direito de ser informado.

Para assegurar o exercício da democracia e a participação no desenvolvimento de políticas públicas, a expansão do acesso à informação é imprescindível, como restou demonstrado pelas pesquisas desenvolvidas no Brasil e em Portugal acerca da democracia digital.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRANCHES, Sérgio. A Lava Jato e a crise da democracia. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 abr 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2017/04/1877508-sociologo->

sergio-abranches-analisa-a-lava-jato-e-a-crise-da-democracia.shtml Acesso em 16 jul 2023.

ALMADA, Maria Paula; CARREIRO, Rodrigo; Barros, Samuel; GOMES, Wilson

Democracia digital no Brasil: Obrigação legal, pressão política e viabilidade tecnológica.

Matrizes, Universidade de São Paulo, vol. 13, núm. 3, 2019, Setembro, p. 161-181.

ASSOCIAÇÃO PARA A PROMOÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

Declaração de Lisboa – Democracia Digital com Propósito. Lisboa, 2021. Disponível em:

<https://apdsi.pt/2021/apdsi-divulga-declaracao-de-lisboa-democracia-digital-com-proposito/>

Acesso em 29 jul 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de; TERRA, Felipe Mendonça. Liberdade de expressão e os desafios da democracia digital. In: BRANCO, Paulo Gustavo G.; FONSECA, Reynaldo Soares da; BRANCO, Pedro Henrique de Moura G.; et al. **Eleições e Democracia na Era Digital. (Coleção IDP)**. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2022. *E-book*. ISBN 9786556274966. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556274966/>. Acesso em: 17 out. 2023.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Os horizontes turvos do acesso à informação no Estado Democrático de Direito: uma legislação simbólica em uma cultura de sombreamento. **International Journal of Digital Law**. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 31-54, maio/ago. 2020.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**.

Tradução de Carmen Variale, 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília. 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder (2002). Os obstáculos históricos à vida democrática em Portugal e no Brasil. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**. São Paulo, n. 97, p. 63-84. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67534> Acesso em 20 out 2023.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *O Direito à Informação e os Direitos de Participação dos Particulares no Procedimento e, em especial, na Formação da Decisão Administrativa*. In: **Cadernos de Ciência da Legislação**. Lisboa, n. 9-10, p. 135-150, jan/jun. 1994. Disponível em: https://www.servulo.com/xms/files/OLD/publicacoes/estudo_codigo_direito_administrativo.pdf Acesso em 20 out 2023.

DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

FABRÍCIO, Pedro Aranalde. Acesso à informação e crise democrática: parâmetros, contrapontos e possíveis soluções. In: GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; MOTTA, Francisco José Borges e PAULO, Lucas Moreschi (org.) **O Constitucionalismo Digital e a Crise das Democracias Liberais**. São Paulo: Dialética, 2023, p. 225-242.

FERRARI, Caroline Clariano e SIQUEIRA, Dirceu Pereira. (2016). O direito à informação como direito fundamental ao Estado Democrático. **Revista Direitos Sociais E Políticas Públicas**. UNIFAFIBE, v. 4, n. 2, p. 124–153. Disponível em:

<https://portal.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/174>
Acesso em 16 jul 2023.

HAGUE, Barry; LOADER, Brian. **Discourse and decision making in the Information Age**. London: Routledge, 1999 <https://doi.org/10.4324/9780203984031> Disponível em:
<https://www.taylorfrancis.com/books/edit/10.4324/9780203984031/digital-democracy-barry-hague-brian-loader> Acesso em 17 out 2023.

GOMES, Wilson. Democracia digital: que democracia?

Disponível em: http://www.compolitica.org/home/wp-content/uploads/2011/01/gt_ip-wilson.pdf
Acesso em 16 jul 2023.

_____. **Participação política online**: questões e hipóteses de trabalho. In: MAIA, R. C. M.; GOMES, W.; MARQUES, F. P. J. A. (org.). *Internet e Participação política no Brasil*. Porto Alegre: Sulina, 2016, p. 19-45.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Notificação dos Atos Administrativos*. In: *AB VNO AD OMNES- 75 Anos da Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 1091.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MAGALHÃES, Pedro. A Qualidade da Democracia em Portugal: A Perspectiva dos Cidadãos. Relatório inicial de um estudo promovido pela SEDES, com o apoio da Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento e da Intercampus (Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa) Julho de 2009 <https://static.publico.pt/docs/politica/estudodasedes.pdf>
acesso em 16 jul 2023.

MONTARGIL, Filipe (Coord.) - **O desenvolvimento da democracia electrónica em Portugal**. Lisboa: APDSI-Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação, 2008. Disponível em <https://repositorio.ipl.pt/handle/10400.21/7838> Acesso em 16 jul 2023.

PONDÉ, Luiz Felipe e WOLF, Eduardo. As imperfeições da democracia e a tirania da maioria. **Capital TV**. Campo Grande, 23 jun 2019. Disponível em:
<https://www.capitalnews.com.br/capitaltv/luiz-felipe-ponde-e-eduardo-wolf-debatem-as-imperfeicoes-da-democracia-e-a-tirania-da-maioria/330611> Acesso em 24 jul 2023.

RIBEIRO, Elton Vitoriano. Democracia em crise? **Anais** do XI Colóquio Vaziano: democracia e sociedade: conquistas e desafios Disponível em:
<https://www.faje.edu.br/periodicos/index.php/annales/issue/view/555> acesso em 16 jul 2023.

RIBEIRO, Renato Janine. **A democracia**. Coleção Folha Explica. São Paulo: Publifolha, 2008.

SAFATLE, Vladimir. A importância da filosofia para refletir sobre o momento de crise política atual. **Revista Galileu**. Sociedade. Rio de Janeiro, 18 mai 2017. Disponível em:
<https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2017/05/chegamos-num-ponto-de-degradacao-que-mostra-o-fracasso-da-democracia.html> Acesso em 16 jul 2023.

SAMPAIO, Rafael Cardoso, BRAGA, Sérgio, CARLOMAGNO, Marcio Cunha, MARIOTO, Djiovani Jonas França, BRUM, Murilo, & BORGES, Tiago. (2019). Estado da arte da democracia digital no Brasil: oferta e sobrevivência das iniciativas (1999-2016). **Revista Do Serviço Público**. Brasília, n.

70(4), p. 693-734. <https://doi.org/10.21874/rsp.v70i4.3543> Disponível em:
<https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/3543> Acesso em 17 out 2023.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Democracia na constituição de 1988, realidade ou utopia? Dos direitos humanos ao estado " social" democrático de direito. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/204> Acesso em 25 jul 2023.

GT 3: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO: ANÁLISE DA (IR)RETROATIVIDADE DA LEI N.º 14.230/2021

Horan Bortolotti Czernay¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é compreender as alterações da Lei de Improbidade Administrativa introduzidas por intermédio da publicação da Lei n.º 14.230/21, no que tange às modificações quanto à comprovação do elemento subjetivo do dolo para configuração de ato de improbidade administrativa, bem como as alterações relativas ao novo marco prescricional. Nesse sentido, tem-se como objetivos específicos, elevar a discussão sob o viés histórico acerca da definição de ato ímprobo, de acordo com as constituições brasileiras anteriormente vigentes no ordenamento jurídico e estabelecer um critério fático sobre as justificativas das inovações legislativas pela doutrina do direito administrativo do medo, em especial, quanto ao manuseio da ação de improbidade administrativa como mecanismo para provocar insegurança na gestão pública. O problema, por sua vez, reside na investigação da necessária alteração da referida lei, em especial, a fim de separar os atos de mera irregularidade dos atos de improbidade administrativa. Conclui-se, preliminarmente, que a nova Lei de Improbidade Administrativa, embora necessária, conduziria uma insegurança jurídica quanto ao desenvolvimento do devido processo legal, cujos critérios de retroatividade foram definidos pelo Supremo Tribunal Federal, em sede do Tema n.º 1.199. Finalmente, quanto ao método de pesquisa, utilizou-se do hipotético-dedutivo, de interpretação sistemática, com aprofundamento crítico.

Palavras-Chave: Improbidade administrativa; Direito Administrativo do Medo; Lei n.º 14.230/21; Tema n.º 1.199; e Retroatividade.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo compreender as alterações elencadas na Lei n.º 14.230/2021, que modificou substancialmente a Lei de Improbidade Administrativa, em especial, quanto às modificações sobre a comprovação do elemento subjetivo do dolo, bem como o novo modelo de prescrição da pretensão e prescrição intercorrente.

É importante salientar que o âmbito do presente trabalho consiste em estabelecer um critério fático sobre as razões que propiciaram as alterações na Lei de Improbidade Administrativa, à luz da doutrina do direito administrativo do medo, na medida em que os

¹ Advogado inscrito na OAB/SC sob o n.º 62.859. Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Pós-Graduado em Direito Público pela Escola Brasileira de Direito (EBRADI) vinculada à Universidade São Judas Tadeu. Coordenador do Núcleo de Estudos Jurídicos Avançados da Associação Gente.

gestores públicos, por receio a possíveis condenações por atos ímprobos, não conduziram, com esmero e segurança, suas atribuições na administração pública, bem como afastariam possíveis interessados, com instrução técnica suficiente para gerir e administrar a máquina pública, em função do receio das desproporcionalidades nas ações de improbidade administrativa.

A justificativa quanto ao tema é desenvolvida pelo direito administrativo sancionador e sua transdisciplinaridade com o direito penal, na medida em que, conforme análise de casos, há evidente excesso quanto ao manuseio das ações de improbidade administrativa, evidenciando-se uma insegurança jurídica e pessoal do gestor público, prejudicando, na maioria das vezes, sua atuação na seara pública.

O problema do presente trabalho, por sua vez, é verificado no antigo mecanismo de apurar e condenar agentes públicos por atos ímprobos. Para além disso, tem-se a indagação se nova Lei de Improbidade Administrativa propiciaria uma ferramenta eficaz, a fim de corroborar com os princípios administrativos constitucionais e com o devido processo legal.

Nesse cenário, os objetivos específicos do presente trabalho podem ser apresentados a partir da estrutura do artigo: (i) exposição da evolução do conceito de ato de improbidade administrativa; (ii) compreender, sistematicamente, como a Lei n.º 8.429/92 implicava em verdadeiros exageros na apuração de atos ímprobos; e (iii) elucidar as inovações legislativas da Lei n.º 14.230/21, bem como o julgamento do tema n.º 1.199, pelo Supremo Tribunal Federal, que definiu as regras de sua retroatividade.

1. BREVE COMPREENSÃO SOBRE A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Para além de uma análise sobre a aplicabilidade da nova Lei de Improbidade Administrativa, sob o atual cenário jurídico brasileiro, e aos apontamentos direcionados à necessária reforma da Lei n.º 8.429/92, faz-se necessária uma breve compreensão sobre o conceito de ato de improbidade administrativa sob a perspectiva constitucional.

De início, é imperativo destacar que a responsabilidade administrativa por ato ímprobo não se confunde naquelas que entendemos como punições clássicas, isto é, da responsabilidade civil e penal. Os legisladores, bem como as constituintes originárias tiveram o devido apreço ao diferenciar o critério de responsabilização aos agentes públicos, quando estes atentarem contra

questões inerentes à atividade do funcionalismo público.

Nesse cenário, conforme ensina Ferreira (2009), a responsabilização pelo ato de improbidade pode abranger sanções de índole (i) civilista, como a multa civil, (ii) política, como a suspensão de direitos políticos e contratações públicas e, até mesmo (iii) de caráter administrativo/penal, como a perda do cargo público.

Sob o contexto histórico constitucional, a improbidade administrativa, desde a primeira constituição imperial de 1824, sua configuração era prevista para responsabilizar Ministros de Estado quando contrariassem as ordens do imperador, bem como na hipótese de má-gestão dos bens públicos, seja por peita, suborno ou concussão (CANOTILHO *et al*, 2018).

Com advento da primeira constituição republicana de 1891, havia previsão do crime de responsabilidade do Presidente da República, quando houver lesão à probidade administrativa (DI PIETRO, 2022), sem, porém, definir o que configuraria ato ímprobo. Para além disso, a mencionada previsão, contida no art. 54, parágrafo 6º, do referido texto constitucional da época, estabelecia critérios de natureza criminal, sem consignar uma responsabilização de índole administrativa (CANOTILHO *et al*, 2018).

O termo 'probidade administrativa' seguiu na Constituição Federal de 1934 (art. 57, alínea F), com uma pequena variação linguística ao instituir 'probidade da administração'. Assim seguiu com a Constituição do Estado-Novo de 1937, empregando-se a terminologia 'probidade administrativa e a guarda e emprego do dinheiro público' (CANOTILHO *et al*, 2018).

Ainda sob a égide da Constituição do Estado-Novo, a matéria de crimes contra a probidade administrativa foi disciplinada infraconstitucionalmente, por intermédio da Lei n.º 1.079/50, definindo os crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procuradores-Gerais da República, Governadores de Estado e seus Secretários (DI PIETRO, 2022). Dentre os crimes contra a probidade na administração, definido pelo art. 9º, da Lei n.º 1.079/50, destaca-se: (i) omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo; (ii) não tornar efetiva a responsabilidade dos seus subordinados, quando manifesta em delitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição; e (iii) infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais (BRASIL, 1950).

A Constituição de 1967, com sua respectiva emenda constitucional n.º 1/1969, expunha

no seu artigo 82, inciso V, a temática da probidade administrativa, estabelecendo a hipótese de perdimento de bens por danos causados ao erário, em caso de enriquecimento ilícito (CANOTILHO *et al*, 2018). Ainda sob a vigência da Constituição ditatorial, com advento do Ato Institucional n.º 05, de 13 de janeiro de 1968, foi regulamentado o confisco de bens em caso de enriquecimento ilícito durante o exercício do cargo público, sem a devida apreciação judicial (DI PIETRO, 2022).

Nesse cenário, denota-se um conflito legal quanto à responsabilização entre o âmbito criminal e administrativo, em relação aos atos ímprobos definidos pelas constituições anteriores. Para além disso, não havia menção à moralidade dos atos administrativos dos agentes públicos, sejam pela administração pública direta ou indireta.

Ato contínuo, a Constituição Federal de 1988 inovou no que tange ao tema da moralidade e ética na administração pública, explicitando a separação de responsabilidade criminal e administrativa quanto à improbidade administrativa. Nas palavras de Canotilho *et al* (2018, p. 968):

Somente com a Constituição de 1988 que há uma preocupação mais explícita com o tema da ética e da moralidade administrativa. É nela que vamos encontrar referência expressa em diversas normas constitucionais, à moralidade administrativa, à probidade administrativa, voltada, não só ao exercício da atividade política, aos ocupantes de cargos públicos, como também a todos aqueles que exercem atividade pública ou de caráter público e igualmente aos particulares que mantêm vínculos jurídicos com o Poder Público, com o Estado prestador de serviços públicos, direta ou indiretamente.

Nesse sentido, o disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, estabeleceu dentre os princípios da administração pública, a moralidade administrativa e sua correlação entre a probidade administrativa (CANOTILHO *et al*, 2018), que embora a referida norma possua uma carga principiológica de otimização, isto é, com aplicação por intermédio da melhor eficácia possível¹, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2008), tem-se que o princípio da moralidade possuiu uma aplicação imediata, em especial, em harmonia com os demais comandos que disciplinam a administração pública. Sobre aplicação

¹ Sobre aplicação dos princípios como norma jurídica na administração pública é certo que “o princípio veicula a tutela jurídica a valores e não envolve uma disciplina exaustiva, rígida e precisamente determinada. Não existe pressuposto fático, que delimite as hipóteses de aplicação do princípio” (JUSTEN FILHO, 2022, p. 113).

dos princípios da administração pública, ensina Justen Filho (2022, p. 113), que:

A violação a um princípio envolve uma situação jurídica muito problemática, especialmente porque o ordenamento jurídico protege uma pluralidade de valores, muitos deles potencialmente contraditórios entre si [...]. As considerações anteriores destinam-se a realizar qualquer proposta orientada a extrair uma acepção única dos princípios norteadores da atividade administrativa, tal como também é incorreto isolar cada um deles – como se a disciplina normativa não fosse produzida pela aplicação conjunta e harmônica.

Assim, o artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal, anuncia a norma de defesa da moralidade administrativa e seu princípio jurídico, que se espraia ao longo de toda carta magna. Com esse norte constitucional, tem-se com advento da Lei n.º 8.428, de 02 de junho de 1992, que revogou a Lei n.º 3.502, de 21 de dezembro de 1958, tornou-se o principal diploma infraconstitucional em defesa da moralidade administrativa, bem como da regulamentação dos atos de improbidade administrativa (CANOTILHO *et al*, 2018).

No entanto, como se verá a seguir, por mais que a Lei n.º 8.428/92 seja o diploma legal com vista ao combate à corrupção e para uma administração proba, tem-se que há evidente abuso quanto ao uso do procedimento jurisdicional, gerando evidente desconforto e, até mesmo, medo aos gestores públicos em realizar sua atividade pública, sendo necessário avaliar os aspectos práticos processuais com o fito de encontrar respaldos justificáveis para a edição da nova lei de improbidade administrativa.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO DO MEDO E SUA INFLUÊNCIA PARA EDIÇÃO DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O medo é algo inerente ao raciocínio do ser humano, sendo um estímulo involuntário para situações de possível perigo eminente. Segundo Bauman (2008), medo é o que denominamos para nossas incertezas, isto é, nossas ignorâncias das ameaças e sobretudo do que pode ser feito, o que não podemos fazer e como cessá-las com aquilo que está ao nosso alcance.

Assim, Bauman enfrenta a temática do medo asseverando que este sentimento, além de ser compartilhado com outras espécies, está principalmente amparado nas individualidades

humanas, que definem suas escolhas e comportamentos. Assim, mesmo que não haja uma ameaça diretamente presente, o medo, isto é, rastro de uma experiência passada que estrutura o comportamento humano (BAUMAN, 2008).

Diante desse fator, Santos (2021) elucida que os receios pela condenação por improbidade administrativa e seus tipos legais abertos, geram disfuncionalidades na administração pública, onde o medo dos agentes públicos em realizar determinadas decisões podem, no jargão popular, por em cheque seu patrimônio particular ou, até mesmo, seu cargo ou função pública. Nesse sentido:

Mas o que leva inexoravelmente ao medo não é apenas a grave e irrestrita indisponibilidade patrimonial, mas o efetivo risco de condenação. Uma vez seja apenas acusado de improbidade, o gestor passa para aquele rol de acusados que geram certa comoção e ódio em suas comunidades, tal qual ocorre com os pedófilos. A mera pecha de ímprobo faz com que seu processo seja julgado com forte carga pejorativa no plano dos valores. Não raro, muitos juízes ficam constrangidos em absolver os acusados de improbidade, e quando o fazem gastam considerável parte dos fundamentos da sentença para escusarem-se ou justificarem porque estão a absolver (SANTOS, 2021, p. 88).

Nesse cenário, embora a Lei n.º 8.429/92 regulamentou e aprimorou a matéria que disciplina as apurações e condenações para a prática de atos de improbidade administrativa, o instituto da Lei de Improbidade Administrativa está intrinsecamente vinculado ao poder punitivo estatal do direito administrativo sancionador.

Conforme se depreende dos ensinamentos de Gonçalves e Grilo (2021, p. 468) “o direito administrativo sancionador é a expressão do efetivo poder de punir estatal, que direciona a movimentar a prerrogativa punitiva do Estado, efetivada por meio da Administração Pública e em face do particular ou administrado”.

Importante salientar que, embora haja uma distinção ontológica entre o conceito de improbidade administrativa e a seara penal, conforme disciplina expressa no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, tem-se que, nas palavras de Gonçalves e Grilo (2021, p. 472): “tanto o direito administrativo como o direito penal recebem a mesma carga axiológica dos valores constitucionais plasmados na Constituição de 1988”, ou seja, o “ordenamento jurídico recebe o

influxo direto da força normativa da Constituição Federal” (GONÇALVES E GRILO, 2021, p. 477).

Portanto, seja a matéria administrativa ou penal, faz-se necessária a vinculação dos preceitos estabelecidos pela carta magna, isto é, as garantias individuais estabelecidas pelo texto constitucional. No que tange à força normativa da constituição, Hesse (1991, p. 18) afirma que:

Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresentasse, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Portanto, a carga valorativa constitucional do direito administrativo sancionador e o âmbito do direito penal são similares, muito embora haja uma diferenciação normativa estabelecida no art. 37, § 4º, da Constituição Federal (OLIVEIRA E GROTTI, 2020).

A condenação por improbidade administrativa, por si só, não apenas gera o medo aos gestores públicos, mas também pode ser utilizada como instrumento de perseguição política por parte dos fiscais da lei, na demasiada busca de investigar um ato ímprobo, sem, porém, estar pautado na violação da moralidade, incorrendo, muitas vezes, em mero descuido ou inobservância das normas, sem consubstanciar um resultado antijurídico (SANTOS, 2021).

Ato contínuo, é imperioso apresentar a análise de casos em que se constatou verdadeiro abuso na utilização da ação de improbidade administrativa, na hipótese de mero ato de irregularidade ou sem consubstanciar a imoralidade e má-fé do gestor público.

2.1. Violação do Princípio da Impessoalidade por Dança em Festa Junina

O Ministério Público Federal – MPF propôs ação de improbidade administrativa em face do Prefeito do município de Capela do Alto Alegre/BA, pois, durante a realização da festa junina do município, o chefe do poder executivo municipal foi convidado para subir ao palco e dançar com a noiva da festividade. Nesse cenário, o MPF pugnou pela condenação do Prefeito à perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil; e proibição de contratação pública (G1 BA, 2018).

Segundo o *Parquet*, o evento utilizou de verbas oriundas do Ministério do Turismo e, considerando a autopromoção do Prefeito ao subir ao palco, consumou-se a violação ao

princípio da impessoalidade, razão pela qual requereu pela sua condenação, com supedâneo no art. 37, §1º, da Constituição Federal (SANTOS, 2021).

2.2. Condenação de prefeito pelo slogan 'sp - cidade linda'

Outro exemplo dos abusos na utilização da Lei n.º 8.429/92 no que tange à configuração de ato ímprobo é extraído nos autos do processo n.º 1004481-97.2018.8.26.0053, perante Tribunal de Justiça de São Paulo, que manteve a condenação do Prefeito da Capital paulista pelo uso do slogan 'SP – cidade linda', por afrontar, além da legislação municipal, o princípio da legalidade e, conseqüentemente, a moralidade administrativa, condenando com base nos artigos 11 e 12, inciso III, da Lei de Improbidade Administrativa, obrigando a:

- a) abster-se de divulgar ou utilizar o slogan 'SP Cidade Linda' ou qualquer outro símbolo que não sejam os oficiais definidos na Lei Municipal nº 14.166/2006, providenciando a retirada do material no prazo de 90 dias, obrigação já atendida; b) à suspensão dos direitos políticos por quatro anos; c) à proibição de contratar com a Administração ou dela receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário pelo prazo de três anos; d) à devolução integral dos prejuízos causados ao erário público municipal, consistentes nos valores gastos com campanhas, veiculações publicitárias e confecção de vestuário e materiais diversos com o slogan 'SP Cidade Linda'; e) ao pagamento de multa civil correspondente a cinquenta vezes o valor da sua remuneração à época dos fatos, devidamente atualizada; f) ao pagamento de multa punitiva equivalente a dez salários mínimos pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça, conforme dispõe o artigo 77 §§ 2º e 3º do C.P.C (BRASIL, 2019).

Sem adentrar às minúcias ao caso, mas faz-se necessário reconhecer ao menos um verdadeiro excesso em relação à configuração de ato de improbidade administrativa. No entanto, para (SANTOS, 2021), não é o primeiro caso que a jurisprudência brasileira perpetua a punição à gestores por adotarem frases e slogans sem, porém, estamparem promoções de índole pessoal ou então partidária.

2.3. Improbidade Administrativa Pelo uso de Papel Timbrado por Vereador

Finalmente, outro exemplo dos exageros processuais acerca da configuração de improbidade administrativa por intermédio da Lei n.º 8.429/92, destaca-se os autos do processo de n.º 70011242963, que tramitou perante a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O pedido exposto na inicial consiste na condenação por improbidade administrativa em face do vereador do município de Novo Hamburgo, que utilizou 14 (quatorze) folhas de papel timbrado, bem como realizou serviço de assessoria jurídica à câmara de vereadores, consoante a realização de defesa prévia em outra ação de improbidade administrativa (SANTOS, 2021).

Nesse sentido, considerando a economia processual e seus reflexos inerentes ao impacto do dano causado pelo agente público, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve a absolvição do vereador, pela aplicação do princípio da insignificância, por considerar absolutamente irrelevante o custo ao erário decorrente de pífias 14 (quatorze) folhas de papel timbrado, tampouco que houve a configuração de violação do princípio da impessoalidade pela defesa institucional (BRASIL, 2005).

Diante do exposto, compreende-se que embora a Lei n.º 8.429/92 tenha sido diploma legal de importância fulcral para o combate à corrupção e para controle da moralidade administrativa, há evidentes desproporcionalidades na sua interpretação e, consequentemente, aplicação no controle dos atos administrativos. Para Santos (2021, p. 85) os problemas das atuais ações de improbidade administrativa decorrem, especificamente, no que tange ao “(i) o conceito de improbidade administrativa; (ii) os tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa; (iii) dolo e culpa nas ações de improbidade e (iv) proporcionalidade na aplicação das sanções”, causando medo aos gestores quanto aos atos que poderiam ser realizados sem o receio de possíveis condenações por improbidade administrativa.

Nesse cenário, com advento da Lei n.º 14.230/21, comumente denominada como nova Lei de Improbidade Administrativa, discorreu sobre novos institutos que, como se verá a seguir, poderão abranger novas tendências processuais, principalmente no que tange às discussões sobre sua retroatividade.

3. QUESTÕES SENSÍVEIS SOBRE A RETROATIVIDADE DA LEI N.º 14.230/2021

Como dito alhures, a nova Lei de Improbidade Administrativa criou novas tendências para o seu manuseio em face do controle de probidade e moralidade administrativa, uma vez que a legislação anterior, evidentemente, possibilitava excessos processuais, fundando um instrumento de alto poder punitivo contra os agentes públicos.

Nesse cenário, para além da análise relativa às pertinentes alterações da norma, bem como sua aplicação retroativa aos processos pendentes de trânsito em julgado, é mister buscar uma visão pós-positivista sobre o tema, em especial, sobre a construção dos fatores sociais que possivelmente influenciaram para a alteração legislativa. Isso porque o que se havia até então era uma mera subsunção da norma ao caso concreto, porém, sem analisar as intenções do agente público na prática do suposto ato ímprobo.

Sobre o tema, discorre-se a partir da teoria pura do direito, onde é possível apresentar os métodos de interpretação de Hans Kelsen, alguns apontamentos que dariam ensejo à presente fundamentação, sobretudo aos aspectos fáticos para as alterações da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que as ações decorrentes da aplicação da norma não estavam adstritas ao elemento cognitivo do agente público, mas tão somente na abordagem normativa sobre a consumação do fato e a aplicação da pena.

Assim, a referida aplicação é condizente com a moldura da norma estabelecida por Kelsen (2019), determinando que a aplicação do direito deverá estar sob os limites da 'moldura' normativa, isto é, adstrito às hipóteses previstas em lei, socorrendo-se à mera subsunção normativa.

Com isso, a atividade do operador do direito se finda numa exclusão da cognição, com uma consequente volição pura e incontrolável. Nesse sentido, para Ferraz (2015), o normativismo formalista-legalista de Kelsen abre oportunidade à manifestação de decisionismos, renunciando a qualquer atividade de viés metódico. Segundo Ferraz (2015, p. 54):

A teoria positivista da norma indevidamente esconde os verdadeiros problemas da concretização quando pressupõe a existência da tensão norma/realidade, sujeito/objeto, vontade/cognição, dever ser/ser, encobrendo os processos reais de decisão, alijando para fora do direito tudo o que supostamente fosse metajurídico.

Assim, ao contrário da teoria positivista, a teoria estruturante do direito põe em foco elementos que relacionam o texto de norma (dados linguísticos) e a realidade. A norma jurídica deve ser um composto de linguagem e fatos, isto é, deve ser “formulada para o caso concreto a partir de um trabalho sobre os textos (dados linguísticos) e sobre os dados factuais (dados da realidade)” (FERRAZ, 2021, p. 55).

Nesse viés, Müller (1999) explica que a estrutura da norma jurídica é composta pelos seguintes elementos: (i) o programa da norma, formado por dados linguísticos, isto é, envolvem elementos de interpretação, tais como: gramaticais, históricos, genéticos, sistemáticos e teleológicos, ou seja, para Gomes (2009, p. 75) “o programa da norma será formado pelo texto da norma, interpretado com todos os recursos metódicos disponíveis”; e (ii) âmbito da norma, que para Gomes (2009, p. 77) “podem ser gerados pelo direito ou não gerados pelo direito. Na maioria dos casos, porém, ressalta que o âmbito normativo apresenta componentes gerados e não gerados pelo direito”.

Com isso, os elementos fáticos, isto é, a necessidade de modificações da Lei de Improbidade Administrativa, com vistas a evitar que os processos anteriormente apresentados sejam reincidentes, a Lei n.º 14.230/21 elencou, dentro das inovações legislativas, “a exigência do dolo para configuração do ato de improbidade administrativa, exclusão da conduta ou omissão culposa, antes previstas nos artigos 5º e 10º” (DI PIETRO, 2022, p. 1004). Não basta a mera voluntariedade do agente para consumir a improbidade, mas faz-se necessário um mínimo de má-fé do agente público, sendo necessária a presença do elemento subjetivo do dolo como fator primordial nas configurações de lesão à probidade, moralidade e honestidade na administração pública (DI PIETRO, 2022).

Os dados reais levam à consciência e vontade do agente em produzir o resultado danoso, ou seja, a reprodução da improbidade administrativa. Por exemplo, configura-se improbidade quando o agente deixar, dolosamente, de promover licitação, conforme art. 10, inciso VIII, da Lei de Improbidade Administrativa, com o objetivo doloso de reproduzir o dano. Sobre o presente exemplo, explica JUSTEN FILHO (2022, p. 27):

Deve existir a consciência não apenas de que a licitação era necessária. Mais ainda, é indispensável a vontade de praticar uma conduta indevida

apta a causar o resultado antijurídico. Se o sujeito tinha consciência e vontade de praticar a conduta (contratação sem a necessária licitação), mas sem se orientar a produzir o resultado específico (prejuízo ao erário ou benefício particular), então a improbidade não está configurada.

Para além da demonstração do elemento subjetivo do dolo, a Lei n.º 14.230/21 alterou, substancialmente, os prazos prescricionais, em especial, os marcos interruptivos para a prescrição na modalidade intercorrente. Assim, dispõe o art. 23, da nova Lei de Improbidade Administrativa, que ocorre a prescrição da pretensão em 08 anos, cujo prazo inicia-se a partir da ocorrência do fato ou, em caso de ato permanente, do dia que encerra a permanência (DI PIETRO, 2022).

No entanto, o ponto sensível está relacionado ao marco inicial da prescrição intercorrente e seus pontos interruptivos. Isso porque a legislação previu pouquíssimas hipóteses de interrupção da prescrição, sendo elas: (i) ajuizamento da ação; (ii) publicação da sentença; (iii) publicação do acórdão pelo tribunal de justiça ou tribunal regional federal; (iii) publicação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça; e (iv) publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1992). Assim, conforme previsto no art. 23, parágrafo 5º, da Lei de Improbidade Administrativa, quando houver a interrupção do prazo prescricional decorrente de alguma das hipóteses acima elencadas, começa-se a correr novamente pela metade, ou seja, em 04 anos entre o próximo marco interruptivo, haverá a ocorrência da prescrição intercorrente.

Trata-se de um mecanismo temerário aos processos que estão pendentes de trânsito em julgado, na medida em que a controvérsia pode levar a condutas de incentivo à criação de empecilhos processuais, com o fito de alcançar a prescrição intercorrente. Por outro lado, há menções positivas ao prazo da prescrição intercorrente, aludindo que este evitaria uma eterna duração dos processos de improbidade, visto que muitos deles acabam até mesmo com o falecimento do Réu, durante o trâmite processual. Sobre os apontamentos acerca da controvérsia da prescrição intercorrente, aduz Justen Filho (2022, p. 258-259):

Portanto, trata-se da necessidade de conjugação de valores distintos. Há o interesse coletivo na repressão à prática de atos de improbidade, inclusive com a imposição de sancionamento severo aos infratores. Mas também há o direito fundamental à razoável duração do processo (CF, art. 5º, inc LXXVIII). A imputação da prática de conduta ímproba não

elimina o direito fundamental a uma decisão em período limitado de tempo.

Sobre o assunto, é necessário abordar o tema n.º 1.199, em repercussão geral, em tramite perante o Supremo Tribunal Federal, que definiu as regras de retroatividade da nova Lei de Improbidade Administrativa, que se debruçou sobre a necessidade de comprovação do elemento subjetivo do dolo, bem como as regras de prescrição da pretensão.

3.1. As Regras de (Ir)Retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa Segundo O STF

Em 04/03/2022, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, inseriu o *leading case* n.º ARE 843989 RG / PR à repercussão geral sob o tema n.º 1.199, que define as regras de retroatividade na nova Lei de Improbidade Administrativa. Vejamos a ementa:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. LEI 14.230/2021. APLICAÇÃO RETROATIVA DAS DISPOSIÇÕES SOBRE O DOLO E A PRESCRIÇÃO NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Revela especial relevância, na forma do art. 102, § 3º, da Constituição, a definição de eventual (IR)RETROATIVIDADE das disposições da Lei 14.230/2021, em especial, em relação: (I) A necessidade da presença do elemento subjetivo dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive no artigo 10 da LIA; e (II) A aplicação dos novos prazos de prescrição geral e intercorrente. 2. Repercussão geral da matéria reconhecida, nos termos do art. 1.035 do CPC. (BRASIL, 2022).

Nesse sentido, por unanimidade de votos, o STF proferiu decisão que deu provimento ao recurso extraordinário, fixando as seguintes teses sobre a retroatividade da nova Lei de Improbidade Administrativa:

- 1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO;
- 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo

incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes;

3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente;

4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei (BRASIL, 2022).

Diante desse cenário, tem-se que o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura menos incisiva para a modulação dos efeitos, limitando-se a retroatividade da Nova Lei de Improbidade Administrativa apenas aos casos em que configurou ato culposos, pendente de trânsito em julgado. Na modalidade dolosa, por sua vez, não haverá retroatividade da norma. Quanto aos novos prazos prescricionais, estes também não retroagirão, sendo aplicado aos processos posteriores ao advento da nova Lei de Improbidade Administrativa, salvo para fatos anteriores à lei (COUTO, 2022).

Em suma, ao alicerce do resultado do julgamento do tema n.º 1.119, a discussão girará em torno do conflito de direitos fundamentais, na medida em que, por um lado, tem-se a proteção do ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, conforme art. 5º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Noutro ponto, tem-se, por intermédio da influência do direito penal no direito administrativo sancionador, a aplicação da lei penal mais benéfica, disposta no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal (MOREIRA e BINENBOJM, 2022).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, tem-se constatado, diante da aplicação da metodologia hipotético-dedutiva, bem como por intermédio de toda fundamentação teórica e da análise processual apresentada, que a Lei de Improbidade Administrativa anterior possuía diversos vícios em seus tipos administrativos, ensejando no ajuizamento desenfreado de ações de improbidade administrativa que, porém, não demonstravam que o ato praticado pelo agente público

efetivamente se caracterizava como ímprobo, razão pela qual gerava insegurança e medo aos gestores públicos no exercício do gerenciamento público.

O julgamento do tema n.º 1.199, pelo Supremo Tribunal Federal, pautou pela segurança jurídica, em especial, no princípio da supremacia do interesse público e do *in dubio pro societate*, em torno dos processos em andamento. No entanto, abriu-se a discussão acerca da aplicação dos direitos fundamentais no que tange à retroatividade da lei penal mais benéfica, sendo utilizada analogicamente com o direito administrativo sancionador, proteção do ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Portanto, diante de todo exposto, conclui-se que a nova lei de improbidade administrativa trouxe expoentes mudanças processuais para averiguar e condenar agentes pelos atos ímprobos. Porém, mais do que isso, tem-se as alterações realizadas no que tange aos novos marcos prescricionais, bem como a comprovação do elemento subjetivo do dolo, tendem a reformar o direito administrativo sancionador, em especial, como uma hipótese de diminuir os exageros processuais provocados pela legislação anterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 661.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 239.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 1.079 de 10 de abril de 1950**. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: ago. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 8.429 de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilada.htm. Acesso em: ago. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: mai. 2023.

BRASIL. **Revista de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. n. 20, 253 p, 2001, 2005 ISSN: 0041-2805. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/publicacoes/revistas/docs/rj-indicegeral24.pdf>. Acesso em: ago. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. **Recurso Extraordinário com Agravo n.º 843989**, Tribunal Pleno. Relator Min. Alexandre de Moraes. DF, Brasília, 18 de agosto de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4652910>. Acesso em: ago. 2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ação Civil Pública. **Apelação Cível n.º 1004481-97.2018.8.26.0053**, Primeira Câmara de Direito Público. Relator Des. Luís Francisco Aguilar Cortez, SP, São Paulo, 12 de abril de 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.codigo=RI004UA7X0000&processo.foro=990&processo.numero=10044819720188260053#?cdDocumento=41>. Acesso em: ago. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *et al.* **Comentários à constituição do brasil**. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. 2504 p.

COUTO, Karen. **Supremo limita retroatividade da nova LIA aos casos sem trânsito em julgado**. Consultor Jurídico. 18 de agosto de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-18/stf-limita-retroatividade-lia-aos-casos-ainda-abertos>. Acesso em: ago. 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 35 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 1120.

FERRAZ, Sérgio Valladão. **Hermenêutica constitucional**: a teoria estruturante do direito e suas repercussões no controle de constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais. Joinville: Editora Bildung, 2015. 348 p.

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 193.

G1 BA. **Prefeito dança em palco com cantora e é processado pelo MPF por improbidade por 'tentar se autopromover**. 24 de abril de 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/b252ahia/noticia/prefeito-danca-em-palco-com-cantora-e-e-processado-pelo-mpf-por-improbidade-por-tentar-se-autopromover-veja-video.ghtml>. Acesso em: ago. 2023.

GOMES, Nestor Castilho. **A teoria da norma de Friedrich Müller**: reflexos na metódica jurídica. Orientador: Sergio U. Cademartori. 2009. 132 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/93157/266448.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em jul. 2023.

GONÇALVES, Benedito; GRILLO, Renato Cesar Guedes. Os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador no regime democrático da constituição de 1988. **Revista de Estudos Institucionais**. v. 7, n. 2, 467-478 p, 2021. ISSN: 2447-5467. Disponível em: <https://doi.org/10.21783/rei.v7i2.637>. Acesso em: ago. 2023.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 33.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Reforma da lei de improbidade administrativa comentada e comparada**: Lei 14.230, de 25 de outubro de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 328.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p.

399.

MOREIRA, Egon Bockmann; BINENBOJM, Gustavo. **A eficácia imediata da Lei de Improbidade e o julgamento do Tema 1.199 pelo STF**. O globo. 18 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/fumus-boni-iuris/post/amp/eficacia-imediata-da-lei-de-improbidade-e-o-julgamento-do-tema-1199-pelo-stf.html>. Acesso em: ago. 2023.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999. 104 p.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Direito administrativo sancionador brasileiro: breve evolução, identidade, abrangência e funcionalidades. **Interesse Público**. Belo Horizonte, v.22, n.120, 83-126 p, 2020. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/37901>. Acesso em: ago. 2023.

SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 226.

PRESIDENTIALISM: BETWEEN DEMOCRATIC EXPECTATION AND AUTHORITARIAN DEVIATIONS

Rafaela Matiola Schmidt¹

RESUMO

Por muitos anos vem sendo discutido a respeito das diversas formas de Estado e de governo. A forma do Estado é a dimensão vertical entre a sociedade e a autoridade; é a relação entre autoridades dotadas de poder político e pessoas/sociedade. Por outro lado, a forma de governo é um esquema horizontal de como o poder político é distribuído e organizado entre os órgãos constitucionais de um Estado e as relações entre eles. Existem diferentes formas de governo, e este artigo tem como objetivo discutir especificamente o presidencialismo. Para tanto, são apresentadas as principais características do presidencialismo e fatores importantes para observar o funcionamento concreto desta forma de governo que foi criada nos Estados Unidos em 1787. Além disso, o estudo mostra como o presidencialismo dos Estados Unidos difere dos latino-americanos e africanos, bem como a forma como os Supremos Tribunais e os Tribunais Constitucionais podem fiscalizar a ação do Executivo no presidencialismo. Estes órgãos judiciais podem limitar e supervisionar as ações do poder executivo para proteger os valores constitucionais e democráticos. Assim, o princípio dos pesos e contrapesos permite que estes tribunais utilizem a sua autoridade para prevenir abusos de poder. Por fim, a operacionalização deste estudo foi auxiliada pela pesquisa bibliográfica e a metodologia aplicada foi o método indutivo.

Palavras-Chave: Presidencialismo; Formas de Governo; Democracia; Autoritarismo; Separação dos Poderes.

ABSTRACT

For many years it has been debate about different forms of state and forms of government. The form of the state is the vertical dimension between society and authority; it is the relationship between authorities endowed with political power and people/society. Conversely, the form of government is a horizontal scheme of how political power is distributed and organized between constitutional bodies of a state and the relationships between them. There are different forms of government, and this article aims to discuss specifically presidentialism. Hence, it presents the main features of presidentialism and important factors to observe the concrete functioning of this form of government that was created in the United States in 1787. Also, the study shows how the United States presidentialism differs from Latin American and African ones as well as how Supreme Courts and Constitutional Courts can place checks on the action of the executive in presidentialism. These judicial bodies can limit and supervise the actions of the executive branch to protect constitutional and democratic values.

¹ Acadêmica do Mestrado em *Legal Studies* na Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, Itália; Bacharel em Direito pela UNIVALI (2022). E-mail: rafaelamatiolaschmidt@gmail.com

Thus, the principle of checks and balances allows these Courts to use their authority to prevent abuses of power. The operationalization of this study was assisted by bibliographic research and the inductive method was used as methodology.

KEYWORDS: Presidentialism; Forms of Government; Democracy; Authoritarianism; Separation of Powers.

INTRODUCTION

One of the characteristics of the liberal-democratic constitutions is to express the memory of its origin. The fundamental principles of democracy and pluralism in the Italian Constitution (anti-fascism) and the Brazilian Constitution (anti-military dictatorship) are examples of it. Nevertheless, the form of state and the form of government are one of those fundamental principles in this type of constitution.

The constitutional identity sets limits to constitutional amendability and sets counter-limits for external norms. The fundamental principles limit the constitution's amendability (whether it is written or not) since they are the constitutional identity and the rigidity of the constitution by aggravated procedures to modify the constitutional text (e.g. article 138 from the Italian Constitution; article 60 of the Brazilian Constitution; article V from the U.S. Constitution) as well as taking the fundamental principles out of the hands of constituted powers (a space of unamendability) are ways to keep such constitutional identity. The republican form of the State, for example, is protected by unamendability clauses in Constitutions worldwide not only because it regards the form of the state but includes its democratic substance which is its genetic information (FARAGUNA, 2018).

Even the fundamental principles which are not subject to amendability, and they belong to the essence of the supreme values that found a Constitution cannot be changed within the constitution structure, but only if changing the constitutional system by the use of force. Thus, it is important to understand that the fundamental principles contribute to avoid authoritarian deviations from the different branches of the government, including, of course, the presidency or the executive power in a presidential system.

This article aims to discuss the multifaceted realm of presidentialism, a form of

government that was created in the United States and adopted by different nations around the world. Through a comparative analysis, it is possible to discuss the paradox that this form of government represents since it can respond to democratic expectations or lead to authoritarian deviations “depending on the extent to which power tends not to be distributed but is concentrated in the hands of a unipersonal organ (the presidency or the executive power)” (FIX-FIERRO; SALAZAR-UGARTE, 2012, p. 629).

The relevance of this article is justified since presidentialism is the product of one of the most influential countries in the world which have consequential implications. Furthermore, other countries around the globe embrace this form of government. Therefore, understanding its functioning becomes extremely important. Moreover, this research helps to investigate the strengths, challenges and inherent checks and balances within presidential systems, contributing to a comprehension of their impact on democracy, effective governance, and political stability. Nevertheless, this form of government opens the debate to actions by the executive branch that may tend toward authoritarianism or democracy.

Hence, the raised problem in this research was: How can presidentialism meet society's democratic expectations or lead to authoritarian deviations? The research aims to demonstrate that presidentialism presents a complex mixture of possible power concentration and democratic representation. The principles of checks and balances and separation of power that are part of this form of government were made to safeguard authoritarian actions. However, some cases may show a different reality in which the power is not distributed but concentrated in the executive branch. At the same token, the presidency can act as an adjudicator of political conflicts and accomplish democratic expectations as representative of the people.

Building upon the outlined hypothesis, this article sets three objectives. Firstly, it seeks to elucidate the main features of presidentialism and important factors to observe the concrete functioning of this form of government. Secondly, through a comparative approach, it aims to describe the differences between the United States, Latin American, and African presidentialism. Thirdly, the article intends to explore how Supreme Courts and Constitutional Courts can place checks on the executive's action in the context of this form of government.

To achieve these objectives, this study employs the technique of bibliographic research in scholarly literature and other published sources in order to construct a strong theoretical

framework for understanding the subject. Concerning the methodology, the inductive method was applied to produce insightful conclusions about how presidentialism works and its impacts.

Thus, this study adds to the understanding of this specific form of government, especially through a comparative approach, and enriches the enduring relevance of this theme and its impact on the sociopolitical scene.

1. DEVELOPMENT

1.1. Main features of presidentialism and important factors to observe the concrete functioning of this form of government

This topic is based on U.S. presidentialism characteristics, since it is the model for all the other countries. Presidentialism was created in the U.S. in 1787 and two fundamental principles were its base: the power of the government should be separated into independent branches, and they should work in a system of checks and balances (D'IGNAZIO, 2020). Competing branches with cooperation among themselves were the solution to avoid an excessive concentration of power and tyranny (DORSEN ET AL., 2022). The checks and balances try to regulate and neutralize the corruption of the branches, avoiding constitutional violations and preserving balance between powers (LIBRARY OF CONGRESS, 2023). To maintain the equilibrium in presidentialism, the three branches exercise their typical and atypical functions according to the constitution.

Separation of powers is also the base for the fundamental principles of legality and impartiality. Legality requires a separation among the main state functions while permitting priority to legislative function. Impartiality demands separation of the organs that carry out state functions, assuring independence of the branches. The legislature has priority because the judicial and executive roles assume the presence of general and abstract laws. The independence of the judiciary exists, since successful conformity with the law is just possible if magistrates are independent of the political branches. This relation between state functions and state organs is essential to characterize presidentialism and how the executive and legislative are connected and work together is extremely important (FIX-FIERRO; SALAZAR-UGARTE, 2012).

In presidentialism, the president is the Head of the State and the Head of Government. He/she is popularly elected (through a direct election or an electoral college, when not always

the majority of the counting votes means victory). The President remains in office for a fixed term and can be reelected once. In the U.S., the legislative is formed by the Congress, which is divided into a bicameral system with the House of Representatives and the Senate (D'IGNAZIO, 2020).

There is no relationship of confidence between the President and Parliament. The President cannot dissolve the Parliament, and the Parliament cannot remove the President (except for impeachment) (GROTE, 2016). This allows a "divided government" situation when the President belongs to a different party than most of the Parliament. This derives directly from the application of separation of powers principle which avoids the dependence of the two branches since they have their legitimation directly from national collectivity and institutional equilibrium is based on an equal dualism (D'IGNAZIO, 2020).

Some prerogatives of the U.S. president are to lead the executive; to be the commander in Chief of the Armed Forces; to lead foreign and defense policy. Formally, he/she does not have power of legislative initiative (but he/she can overcome this obstacle through the "message on the state of the Union", and by asking members of Congress to present bills on his/her behalf) (BRUFF, 2014). Checks and balances guarantee the balance between legislative and executive, with forms of mutual control and cooperation. The U.S. Constitution provides presidential veto power over laws and other bicameral resolutions of Congress; impeachment (the House of Representatives submits to trial and the Senate judges the President, the Vice President, government officials and judges, dismissing them); the Senate's power of advice and consent on international treaties negotiated by the President and on the appointments of officials to offices and federal judges under President's competence (D'IGNAZIO, 2020).

Some strengths of this system are stability since the president is elected for a fixed term stated in the constitution and the removal before the end is an exception (GROTE, 2016); rapidity decision-making; effectiveness; strong separation of powers; a system of checks and balances. Some weaknesses of the system are difficulties to implement decisions in divided government situations and a risk of an overconcentration of authority in the presidency. The popular election for executive can be a strength and a weakness since it provides legitimacy to the president but also can create division in society.

Since the president's legitimacy in popular voting, it can respond to democratic expectations but, if the power is concentrated in the presidency, it can lead to authoritarian

deviations. This legal-rational legitimacy and the popular elections, in presidentialism, are connected to a democratic perspective. The source of legitimacy of presidentialism is impersonal when compared to the charismatic and traditional sources of legitimacy. Also, presidential legitimacy emerges from the base to the top as an expression of citizens' political autonomy which is the opposite of autocratic alternatives (FIX-FIERRO; SALAZAR-UGARTE, 2012).

1.2. The differences between U.S., Latin American, and African presidentialism

U.S. presidentialism was implemented by other countries that became independent, like Latin America in the nineteenth century and Africa in the twentieth century. They have different characteristics but share a common motive to adopt presidentialism: the necessity to shape a strong and decisive political leadership to safeguard the defense of national independence and sovereignty, taking care of economic and social progress. This brings the threat of presidential supremacy, mainly in countries with a lack of democratic tradition and deficiency to check the executive, possibly leading to dictatorial and corrupt governments, as well as coups d'état and violent regime changes. In these two continents, it is possible to have a regime that is presidential in nature, but only democratic in appearance since they are under the rule of a hegemonic party or authoritarian presidential governments (FIX-FIERRO; SALAZAR-UGARTE, 2012).

Latin American presidentialism did not result in an equilibrium of powers or democracy, and its roots are in authoritarian and paternalistic governments. The presidency has a great administrative apparatus, including managing state-owned companies and monopolies and regulating and promoting development with extensive powers of intervention. Even though some constitutions impose checks on the executive to limit its power, (e.g., non-re-election clause), numerous presidents instituted dictatorships (e.g., Somozas in Nicaragua) (FIX-FIERRO; SALAZAR-UGARTE, 2012). Different from the U.S., Latin America's presidentialism is a strong system with an energetic government. Other more extensive powers are the line-item veto on bills; the possibility to govern by decree; the possibility of extensive emergency powers. Because of the continent's authoritarian history, the tendency is to not permit the executive's concentration of power, so the separation of powers keeps presidentialism constantly oscillating between power deficiency and power abuse (SARTORI, 1994).

The reforms made in the new constitutions in the 80s were limited in their scope and

achievement because the reformers created new rights without changing the old model of organization of powers. This is a problem because there is a tendency for hyper-presidentialism since continent's history of concentrated authority (GARGARELLA, 2014). Some constitutions gave the power to the president to dissolve the congress (e.g., Peru, Ecuador, Venezuela).

Alternatively, some constitution-makers believe that a popularly elected president can act as an adjudicator of political conflicts and a leader that is not subject to the whims of a majority, so it is an effective check on the power of the legislative (FIX-FIERRO; SALAZAR-UGARTE, 2012). However, this can lead to a power deficiency, to difficulties for the presidents to carry out their actions and implement their agendas. In Latin America, party indiscipline is very strong. Politicians constantly change parties; they do not vote as guided by their leader's party and refuse its discipline. Polarized pluralism makes presidentialism perform poorly in countries with a fragmented party system and deep cleavages (SARTORI, 1994). In a divided government context, the difficulty of accomplishing the political agendas by the president can lead to authoritarian deviations.

Africa's presidentialism problems are related to its colonial and postcolonial experiences. Before 1990, presidents did not have term limits. This changed, but features of *ancien régime* still survive, reflecting an imperial presidency. The president continues to hold resources and patronages, pronounce laws, announce major policy decisions, and control slush funds which overlaps the role of legislature. The idea of a strong and authoritarian leadership failed, maintaining corruption, nepotism, and economic disaster. A highly centralized unitary state is still upon African presidentialism, being a strong base for persistent presidential hegemony with elites' support. The constitutional order lacks the difficulty of applying checks or restraining executive powers. Since the presidency is habituated to exercising power without counterbalance, there is a lack of tradition of legislative autonomy that leads to a non- understanding of their prerogatives. Because of that, the legislature does not apply checks and balances. Thus, *ancien régime* is maintained because of these pre existing patterns of presidential behavior, the conventional understanding of presidential prerogative, and legislators having themselves constantly marginalizing their branch (e.g., in 2001, Ghana's National Assembly gave presidency the prerogative to abolish/establish government ministries or departments without legislature's approval). Therefore, the legislature's role is limited to approve or reject executive's budget and

legislative proposal without amending it (PREMPEH, 2008).

The legislative is the weakest branch because its public finance gets most of its money from abroad (commodities, export natural resources, foreign donors) and not from taxes. This makes the legislature play a marginal role in public finance, since the executive remains the main representative for external figures that provide fiscal support. Thus, the legislative depends on the executive to have adequate resources. Nevertheless, politicians tend to care more about their political careers and being appointed by the executive in some office than becoming lawmakers. Political parties are also weak because there is a lack of internal democracy. They have no effective public regulation on their measures; their agenda is pretty much the same and do not explain how they are going to achieve economic development promised; the majority of the parties have the president as their main benefactor and if he/she provides the interests of the parties' leaders for resources and office positions, they will support the president. Furthermore, in some African countries, the presidential term of office does not coincide with the legislative term. This can lead to a divided government situation and, different from the U.S., be a problem since it tends to cripple the orderly administration of the state and does not work to restrain presidential power. Additionally, African judiciary is feeble since it is still institutionally too weakened and in a doctrinal way too executive-minded to check presidential excesses. The branch also depends on the resources of the executive, leading some chief justices to explore informal ways to build the court's influence with the presidency (PREMPEH, 2008).

1.3. How can supreme courts and constitutional courts place checks on the executive's action in the context of presidentialism?

Montesquieu suggests that the judiciary just must implement the laws passed by the legislature in contexts of controversies (MONTESQUIEU, 1748). Alexander Hamilton states that the role of the Supreme Court of the U.S. is to check the constitutionality of legislative acts. To allow the validity of legislative acts contrary to the Constitution would be to affirm that "men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid" (LIBRARY OF CONGRESS, 2023).

Thus, the role of the judiciary is to say what the law is; to apply the right juridical rule to

the concrete case; to say the right interpretation of the law. The Supreme and Constitutional Courts, as guardians of the constitution, must declare any act of any branch or any law that does not follow the constitution void. Through judicial review, if the executive exceeds its authority and its constitutional delimitations, these courts must apply checks and balances to maintain stability. Supreme and Constitutional Courts have been called upon on numerous occasions to settle constitutional disputes relating to the interpretation of checks and balances (D'IGNAZIO, 2020).

When conflicts between the legislative and the executive arise, a neutral third party is needed. In the U.S., it is possible to think of constitutional checks over executive competence, such as the proper scope of the president's power and problems linked to judicial control of administration in situations of a congressional delegation to agencies (GINSBURG; ELKINS, 2008). Nevertheless, conflicts between legislature and presidency about the appointment and removal from office of executive officials lead to the necessity of constitutional courts deciding upon these cases. In the 80s, for example, the U.S. Supreme Court decided that the statutes providing that some executive officials could only be removed for good causes did not violate the separation of powers in the constitution (e.g., *Morrison v. Olson*). In *Youngstown Sheet & Tube Co v. Sawyer*, U.S. Supreme Court held invalid President Harry Truman's seizure of steel mills as not within his inherent executive authority and contrary to statute. In *Hamdan v. Rumsfeld*, the same court struck down the military commissions set up to try accused terrorists in concluding that the creation of these commissions by the administration of President George W. Bush was an incompatible measure of the president (MARTINEZ, 2012).

Judicial independence connects to assertiveness and, consequently, assures the checks and balances in other branches (TAYLOR, 2022). This is important, especially in Latin America and Africa where powerful presidents are still present. In Argentina, for example, the Supreme Court placed the checks and balances principle on an action of the executive by overriding the president's decree on school closures in Buenos Aires during the Covid-19 pandemic. The decision stated that the presidential decree violated the legally-enshrined autonomy of the city, which it ruled was the authority in charge of deciding if schools should close or not (RASZEWSKI, 2021).

Like this, Brazil's Supreme Court overruled a presidential provisional measure that wanted to concentrate on the federal government the power to issue a general rule on the

measures for public health emergencies during coronavirus pandemic. The decision confirmed that state and municipal governments also had the power to determine these rules (VOLTARE, 2020).

Supreme or Constitutional Courts also develop other functions: to resolve impeachment attempts (not the case of U.S.) (FERRARI, 2022); to act on behalf of the people, and sometimes courts can be more democratic and more responsive to the population's concerns than elected bodies (SWEET, 2012); to protect fundamental rights in opposition to executive decisions; to enforce criminal law to high governmental authorities; to supervise the regularity of elections and referenda (DORSEN ET AL., 2022) (e.g. the US Supreme Court decision in the case *Bush v. Gore*) (D'IGNAZIO, 2020); to check the constitutionality of the state of emergency or its extension; to decide about violation of international treaties and appointment of constitutional justices as well to the declaration of martial law (FERRARI, 2022).

The Supreme and Constitutional Courts must ensure the protection of the Constitution from abusive powers (CARTABIA; LUPO, 2022). Applying checks and balances, they do not allow the violation of those principles (FARAGUNA, 2018). This is extremely important in presidentialism since power concentration in the presidency can lead to authoritarian deviations.

CONCLUSION

This article aimed to discuss presidentialism and its possibility to respond to democratic expectations or lead to authoritarian deviations. This would depend on various factors, for example how the power is distributed or concentrated in the government's branches. The presidential system is one form of government and countries can adopt it or choose different ones, such as the parliamentary system (e.g., United Kingdom, Italy, Germany), directorial system (e.g., Switzerland), and semi- presidential system (e.g., France, Austria, Finland).

Some features of the Presidential System include that the President is both Head of State and Head of Government, (s)he is popularly elected (directly or indirectly), the President has a fixed term to remain in office and it can be reelected or not depending on the country.

This article showed some strengths and weaknesses of presidentialism that deserve to be briefly mentioned again. The presidential system is capable to produce stability, quickness in decision-making, strong separation of powers, and a system of checks and balances. However, it

can be difficult to implement decisions when a situation of “divided government” is established (when the President belongs to a different party than the majority of the Parliament), as well as there is a risk of the authority being concentrated in the presidency.

The principles of checks and balances and separation of power are part of this form of government, and they were made to safeguard authoritarian actions by the branches of the government. However, as it was described on the topic 1.2 of this article, some cases show a different reality in which the power is not distributed but concentrated in the executive branch. At the same token, a popularly elected president can act as an adjudicator of political conflicts and accomplish democratic expectations as representative of the people.

In Latin America and Africa, checks and balances have become an instrument of political strategies to increase the prerogatives of a branch and a way of excessive alteration of the separation of powers. They face an issue of power void which happens when one of the branches flirts with authoritarian checks because another branch is not exercising its typical functions adequately. Hence, the latter suffers checks while the former fills the power void. Therefore, when checks and balances are not exercised properly, presidentialism can lead to authoritarian deviations, especially in these continents with an authoritarian history.

The United States is an exception when it comes to fulfilling its form of separation of powers. Their system is suitable for them because it was made by them. Adopting their model in Latin America and Africa is a problem of transplanting a system of government that was shaped by different hegemonic forces, in a different context, which resulted in a unique constitutional identity.

Latin America and Africa have completely different national characteristics, historical contexts, and identities. Their presidentialism shares instability and fragility because they suffer from economic stagnation, glaring inequalities, and colonial socio- cultural legacies. Additionally, a great number of powers are granted to the presidency reducing the judiciary and legislative authorities, attempts to remove unpopular presidents before due process is common, and corruption or other abuses are committed.

In the end, presidentialism does not achieve its function in these continents, especially regarding separation of powers and checks and balances. Because of this, it can lead to authoritarian deviations. The solution is to think of a different form of government that split the

powers of the presidency. Semi-presidentialism could be an option, but this is only possible if the legislature of those continents becomes better and stronger, especially when it comes to party discipline.

BIBLIOGRAPHY

BRUFF, Harold H. The President and Congress: Separation of Powers in the United States of America. **Adelaide Law Review**, v. 35, n. 205, p. 205-223, 2014. Available at: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/63>. Accessed on: 02 Feb. 2023.

CARTABIA, Marta; LUPO, Nicola. **The Constitution of Italy: a contextual analysis**. Oxford: Hart, 2022.

D'IGNAZIO, Guerino. **Il sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America**. Milan: Wolters Kluwer; Padova: CEDAM, 2020.

DORSEN, Norman; ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András; BAER, Susanne; MANCINI, Susanna. **Comparative constitutionalism: cases and materials**. St. Paul: West Academic, 2022.

FARAGUNA, Pietro. Unamendability and Constitutional Identity in the Italian Constitutional Experience. **European Journal of Law Reform**, v. 3, p. 329-344, July 2018. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3391105>. Accessed on: 03 Feb. 2023.

FERRARI, Giuseppe Franco. **Introduction to Italian Public Law**. Milan: Giuffrè Francis Lefebvre, 2022.

FIX-FIERRO, Héctor; SALAZAR-UGARTE, Pedro. Presidentialism. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andras (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 628-649.

GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the 'Engine Room' of the Constitution. **Notre Dame Journal of International & Comparative Law**, v. 4, n. 1, Article 3, p. 9-18, 2014. Available at:

<http://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3>. Accessed on: 30 Jan. 2023.

GINSBURG, Tom; ELKINS, Zachary. Ancillary Powers of Constitutional Courts. **Texas Law Review**, v. 87, p. 1431-1461, 2008. Available at: https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/1440/. Accessed on: 29 Jan. 2023.

GROTE, Rainer. Parliamentary Systems. **Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]**, p. 1-8, September 2016. Available at: <https://oxcon.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e410?rskey=AtG3e3&result=172&prd=MPECCOL&print>. Accessed on: 03 Feb. 2023.

LIBRARY OF CONGRESS. **Federalist Papers: Primary Documents in American History**. Available at: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>. Accessed on: 01 Feb. 2023.

MARTINEZ, Jenny S. Horizontal Structuring. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andras (ed.). **The**

Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 547-575.

MONTESQUIEU, Charles. **The Spirit of Laws**. London: T. Evans, 1748. Available at: <https://oll.libertyfund.org/title/montesquieu-complete-works-vol-1-the-spirit-of-laws>. Accessed on: 01 Feb. 2023.

PREMPEH, H. Kwasi. Progress and Retreat in Africa: Presidents Untamed. **Journal of Democracy**, v. 19, n. 2, p. 109-123, April 2008. DOI: <https://doi.org/10.1353/jod.2008.0036>. Available at: <https://muse.jhu.edu/article/235518>. Accessed on: 10 Aug. 2023.

RASZEWSKI, Eliana. Argentina Supreme Court overrules presidential decree on school closures. **Reuters**, 4 May 2021. Available at: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-argentina-educatio-idUSKBN2CL1RO>. Accessed on: 02 Feb. 2023.

SARTORI, Giovanni. **Comparative Constitutional Engineering**: an inquiry into structures incentives and outcomes. London: Macmillan, 1994.

SWEET, Alec Stone. Constitutional Courts. In ROSENFELD, Michel; SAJÓ, Andras (ed.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 816-830.

TAYLOR, Matthew M. Courts and Judicial Independence. In MENDES, Conrado Hübner; GARGARELLA, Roberto; GUIDI, Sebastian (ed.). **The Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 401-415.

VOLTARE, Emerson. Estados seguem STF e ignoram decreto de Bolsonaro sobre atividades essenciais. **Consultor Jurídico**, 12 May 2020. Available at: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-12/estados-seguem-stf-ignoram-decreto-presidencial-bolsonaro>. Accessed on: 02 Feb. 2023.