

**DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS
E A PESQUISA JURÍDICA NA UFGD:
OS OLHARES DA ACADEMIA SOBRE
OS PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS**

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

(organizador)

**DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS
E A PESQUISA JURÍDICA NA UFGD:**

OS OLHARES DA ACADEMIA SOBRE
OS PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS

Comitê Científico

Ary Baddini Tavares
Andrés Falcone
Alessandro Octaviani
Daniel Arruda Nascimento
Eduardo Saad-Diniz
Francisco Rômulo Monte Ferreira
Isabel Lousada
Jorge Miranda de Almeida
Marcelo Martins Bueno
Miguel Polaino-Orts
Maurício Cardoso
Maria J. Binetti
Michelle Vasconcelos Oliveira do Nascimento
Paulo Roberto Monteiro Araújo
Patricio Sabadini
Rodrigo Santos de Oliveira
Sandra Caponi
Sandro Luiz Bazzanella
Tiago Almeida
Saly Wellausen

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

(organizador)

**DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS
E A PESQUISA JURÍDICA NA UFGD:**

OS OLHARES DA ACADEMIA SOBRE
OS PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS

1ª edição

LiberArs
São Paulo – 2020

*DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS E A PESQUISA JURÍDICA NA UFGD: OS OLHARES DA ACADEMIA
SOBRE OS PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS*

© 2020, Editora LiberArs Ltda.

Direitos de edição reservados à
Editora LiberArs Ltda

ISBN 978-65-86123-51-7

Editores

Fransmar Costa Lima
Lauro Fabiano de Souza Carvalho

Revisão técnica

Cesar Lima

Editoração e capa

Editora LiberArs
Nathalie Chiari

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação – CIP

D598	Direitos humano-fundamentais e a pesquisa jurídica na UFGD: os olhares da academia sobre os paradigmas contemporâneos / organizado por Arthur Ramos do Nascimento. - São Paulo, SP : Liber Ars, 2020. 270 p. ; PDF; 3,28MB.
	Inclui bibliografia e índice. ISBN: 978-65-86123-52-4 (Ebook)
	1. Direito. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. I. Nascimento, Arthur Ramos do. II. Título.
2020-1174	CDD 341.4 CDU 341.4

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva - CRB-8/9410

Todos os direitos reservados. A reprodução, ainda que parcial, por qualquer meio, das páginas que compõem este livro, para uso não individual, mesmo para fins didáticos, sem autorização escrita do editor, é ilícita e constitui uma contrafação danosa à cultura. Foi feito o depósito legal.

Editora LiberArs Ltda
www.liberars.com.br
contato@liberars.com.br

“Porque cada um, independente das habilitações que tenha, ao menos uma vez na vida fez ou disse coisas muito acima da sua natureza e condição, e se a essas pessoas pudéssemos retirar do quotidiano pardo em que vão perdendo os contornos, ou elas a si próprias se retirassem de malhas e prisões, quantas mais maravilhas seriam capazes de obrar, que pedaços de conhecimento profundo poderiam comunicar, porque cada um de nós sabe infinitamente mais do que julga e cada um dos outros infinitamente mais do que neles aceitamos reconhecer.”

José Saramago, em *A Jangada e a Pedra*.

AGRADECIMENTOS

Organizar um projeto de obra coletiva não é uma tarefa difícil quando a vida me proporciona a possibilidade de estar cercado de pessoas mais inteligentes, dedicadas, perspicazes e mais dispostas do que eu. Nesse sentido, esse livro agrupa pessoas cuja generosidade em compartilhar suas pesquisas, para além de toda e qualquer vaidade ou retorno, oriundas de diferentes olhares sobre a Ciência Jurídica e os problemas contemporâneos ligados aos direitos humano-fundamentais. Meu primeiro agradecimento vai para esses autores e autoras que me acompanham na presente obra por terem acreditado no projeto e atendido ao meu chamado quando o fiz.

A realização da publicação não teria sido possível sem o apoio financeiro oferecido pela Fundação Universidade Federal da Grande Dourados e da Pró-Reitoria de Ensino de Pós-Graduação e Pesquisa e equipe de servidores. Sem a confiança e apoio institucional de vocês esse projeto não teria sido realizado.

Um agradecimento adicional é dedicado ao Prof. Dr. Fernando de Brito Alves que gentilmente aceitou prefaciar a presente obra coletiva, conferindo sensibilidade e dignidade para esse projeto tão modesto.

O derradeiro agradecimento vai para o(a) leitor(a) por confiar no resultado desse projeto coletivo para dispende seu tempo e reflexões. Desejamos que esse livro possa ser uma companhia nesse caminho que representa o estudo da Ciência Jurídica nos dias de hoje.

Arthur Ramos do Nascimento

SUMÁRIO

PREFÁCIO..... 11

APRESENTAÇÃO..... 15

**REFLEXÕES HISTÓRICAS E ATUAIS DA
MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: DA TUTELA LEGISLATIVA
E DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**
ISABELA ALCALDE TORRES 23

**ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE
APLICAÇÃO À LUZ DA LEI 12.965/2014
(MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL)**
MASSAMI MARQUES MORIYAMA 47

**LIBERDADE INDIVIDUAL DO EMPREGADO E PODER DIRETIVO
DO EMPREGADOR: CABELO COMO EXPRESSÃO IDENTITÁRIA**
JEOVANA LIMA GAVILAN
GUILHERME OLIVEIRA SILVA 71

**O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS
PÚBLICAS NO TOCANTE À SAÚDE**
LUCAS HENRIQUE GARCIA ORTEGA 91

**A ESTÓRIA QUE A HISTÓRIA NÃO CONTA: UMA ANÁLISE
SOBRE O REGIME POLÍTICO BRASILEIRO NO
PERÍODO DE 1964 A 1985**
JOÃO PEDRO DOS REIS PRADO
WELLINGTON HENRIQUE ROCHA DE LIMA 107

**CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL
DOS MÉDICOS NOS APLICATIVOS DE MENSAGEM INSTANTÂNEA**
WILLIAN ALVES PAGNONCELLI 127

**(DES)CONSTRUINDO O GÊNERO DICOTÔMICO:
VIABILIDADE DE UMA CRIMINOLOGIA *QUEER* PARA
UMA NOVA BASE CULTURAL**
AMANDA OLIVEIRA SIMÕES
PAULA CRISTINA SANTOS PIRENEUS
RAFAEL BULGAKOV KLOCK RODRIGUES 143

**MIGRANTES FORÇADOS: O DIREITO A TER DIREITOS E O
PRINCÍPIO DA HOSPITALIDADE COMO FORMA DE INTEGRAÇÃO**
JULIA STEFANELLO PIRES 159

**CHUVA DE VENENO: A (DES)PROTEÇÃO JURÍDICA-INSTITUCIONAL
DOS POVOS INDÍGENAS FRENTE A CRESCENTE UTILIZAÇÃO
DE AGROTÓXICOS NO BRASIL**
HEIDI MICHALSKI RIBEIRO
VALERIANA AUGUSTA BROETTO
EDUARDA MUCCINI 173

**ADICIONAL DE FRONTEIRA/PENOSIDADE DOS
SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: UMA ANÁLISE SOB
A DOUTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS
RAÍZES CONSTITUCIONAIS**
BRUNO ALEXANDRE RUMIATTO
DANIELA MENIN 191

**DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:
ANÁLISE BIBLIOMÉTRICA DA PESQUISA JURÍDICA NO BRASIL**
ALBERT VINICIUS ICASATTI
WASHINGTON CESAR SHOITI NOZU 209

**INTERFACE EDUCAÇÃO ESPECIAL – EDUCAÇÃO DO CAMPO:
DISPOSITIVOS POLÍTICO-NORMATIVOS DOS MUNICÍPIOS
DA REGIÃO DA GRANDE DOURADOS**
EDUARDO ADÃO RIBEIRO
WASHINGTON CESAR SHOITI NOZU 227

**ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
PERSPECTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS**

DOUGLAS SANTOS MEZACASA

EDUARDO DE MORAIS MORI 245

**QUESTIONANDO SOBRE OS PODERES CONSTITUÍDOS E A
VEDAÇÃO AO RETROCESSO À LUZ DA FORMAÇÃO JURÍDICA:
ANÁLISES EM PERSPECTIVA COM ESTUDANTES E
PROFISSIONAIS DO DIREITO**

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO

FERNANDO DE BRITO ALVES..... 261

PREFÁCIO

Foi com grande satisfação que recebi o convite do professor Arthur Ramos do Nascimento para prefaciar a obra “DIREITOS HUMANO-FUNDAMENTAIS E A PESQUISA JURÍDICA NA UFGD: os olhares da Academia sobre os paradigmas contemporâneos”, que nasce como o resultado de um árduo trabalho acadêmico de compilação de importantes textos produzidos por egressos do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados.

Embora a fundamentação dos direitos humanos e fundamentais possa encontrar na literatura origens mais remotas, muitas vezes intercambiando-se o seu conceito por uma ideia de limites morais ou de horizontes éticos para o direito positivo, é na modernidade que a relação existente entre ética, direito e política se torna um dos problemas centrais da filosofia. Maquiavel¹, Locke² e Kant³ sugerem a necessidade da distinção entre os âmbitos da política, da eticidade/moralidade e o da legalidade. Política, ética e direito constituem universos deontológicos distintos, organizados de acordo com pressupostos e princípios incomensuráveis, ainda que alguns deles possam ser transpostos de um domínio para o outro.

Desse modo, do ponto de vista político, surge a necessidade da fundamentação de uma ética pública (“ética no domínio da política”), já que tal fundamentação não poderia ser simplesmente transposta da ética geral. É o discurso dos direitos fundamentais, e posteriormente dos direitos humanos, que vai constituir os patamares dessa fundamentação⁴.

No tocante à questão das liberdades (liberdades negativas e positivas) como constitutivas dos direitos fundamentais, há quem considere apenas as primeiras como genuinamente públicas, como é o caso de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que reduz o conceito ao âmbito dos direitos individuais, que de acordo com ele, seriam os “[...] poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos [...]”⁵, com natureza de direito subjetivo oponível contra o Estado, cujos

¹ MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

² LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 235-289.

³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1997.

⁴ HABERMAS. *A inclusão do outro*. 3ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 277-289

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos e fundamentais*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

titulares podem ser entes de quaisquer espécies, desde que os direitos reivindicados sejam compatíveis com a sua natureza.

Já para Bobbio, “*para a concepção liberal, o status dos cidadãos depende, em primeiro lugar, dos direitos subjetivos de que eles gozam na relação com o Estado e com os concidadãos. [...] E os direitos subjetivos são direitos negativos. Ao contrário, a concepção republicana não define o status dos cidadãos sobre o modelo das liberdades negativas por eles gozadas enquanto indivíduos privados. Os direitos de cidadania, e, em primeiro lugar, os direitos de comunicação e de participação política, são principalmente liberdades positivas. Eles garantem não a liberdade em relação a uma coerção externa, mas a participação a uma práxis comum.*”⁶

Nesse contexto, não é possível imaginar o desenvolvimento dos direitos fundamentais desconectados da própria história da cidadania. Cidadania que pode ser compreendida em três acepções distintas.

Primeiro, o conceito possui um conteúdo jurídico enquanto confere direitos e estabelece obrigações *vis-à-vis* à coletividade política. A cidadania pode também significar a atividade de escolher entre conjuntos de regras moralmente contraditórias (da vida privada, econômicas ou sociais, por exemplo), mas aparentemente com valor de igual legitimidade independentemente da posição do indivíduo nos complexos sistemas de divisão do trabalho político.

A segunda dimensão da cidadania é necessária para a formação de uma cultura política republicana, em que a inteligibilidade do Estado é pressuposto para a compreensão de que sua autoridade pode ser justificada do ponto de vista racional e que não é arbitrária, que o Estado seria constituído por instituições “universais” em oposição a grupos de interesse exclusivo na administração dos interesses públicos.

E finalmente, a cidadania pode ser compreendida como civismo, enquanto qualidade necessária a formação do caráter do bom cidadão. Nesse contexto, é necessário salientar que a devoção a um determinado país, que outrora encontrou seu ápice na história das civilizações ocidentais, atualmente encontra-se em declínio em todas as classes sociais, em todas as faixas etárias, mas especialmente entre os mais jovens, a única qualidade cívica mais ou menos ainda assente é a participação eleitoral (embora os últimos índices europeus de comparecimento às urnas tenham sinalizado que esse aspecto da cidadania encontra-se também sob suspeita), enquanto outras dimensões dessa virtude cívica permanecem impopulares, como a militância sindical ou a atividade partidária.⁷

Os textos aqui compilados reúnem, antes de abordagens teóricas sobre questões jurídicas, vivências, angústias e histórias sobre as experiências de cidadania e exercício dos direitos humanos e fundamentais, que tratam de temas

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 130

⁷ LECA, Jean. *Questions on Citizenship*. In: MOUFFE, Chantall. *Dimensions of radical democracy: pluralism, citizenship, community*. London; New York: Verso, 1992, p. 17-19.

que vão desde o direito penal constitucional, o direito do trabalho, direito do consumidor, políticas públicas, questões de gênero e identidade e tantos outros temas muito caros a história da cidadania e do desenvolvimento da compreensão do que seja o âmbito de incidência dos direitos humanos e fundamentais.

Boa leitura!

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Socii in Collatione Juridica Conimbrigensi do Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014). Visiting Researcher na Universidad de Murcia – Espanha (2019)

APRESENTAÇÃO

A pesquisa científica se insere como uma das grandes funções da Universidade, especialmente quando pública e gratuita. A pesquisa é um modo de contribuir para o conhecimento científico e acrescentar para o progresso de suas áreas, agregando diferentes olhares sobre questões que são relevantes para a sociedade e seu caminhar. A Ciência Jurídica, sempre tão encarada como uma área pouco afeita à pesquisa, muito mais ligada a um saber prático, é surpreendentemente rica em possibilidades de progresso. O curso de Direito, visto como um castelo elitista preocupado unicamente com os rigores da lei ou seus subterfúgios, deve aceitar e assumir sua função de espaço dialético de provocação da curiosidade e da assunção de responsabilidades sobre os problemas sociais que reclamam soluções jurídicas.

Quando a Pró-Reitoria de Ensino de Pós-Graduação e Pesquisa da Fundação Universidade Federal da Grande Dourados tornou público o Edital PROPP nº 18, de 30 de outubro de 2019 – Programa de Apoio à Pesquisa da UFGD, visando apoiar financeiramente os projetos de pesquisa na instituição como forma de expandir e fortalecer as atividades de pesquisa através de, entre outras coisas, a publicação de livros, foi natural pensar em utilizar essa oportunidade para trazer mais visibilidade para as pesquisas desenvolvidas por pesquisadores formados ou que possuam alguma relação com o Curso de Direito da UFGD. Eis a razão da escolha por um formato de obra coletiva, com a participação de vários juristas contemporâneos que pensam o Direito a partir de diferentes vertentes.

Como coletânea, o presente livro reflete uma proposta maior de formação de pesquisadores e inserção de mentes pensantes na seara jurídica como um espaço de compreensão e transformação da realidade. É uma demonstração sobre como a pesquisa cujo resultado é um trabalho de conclusão de curso é mais do que apenas um rito de passagem, mas se apresenta como um atestado do olhar crítico do(a) jurista em formação. A produção do conhecimento nos cursos de Direito deve ser incentivada e motivada, razão pela qual, na condição de pesquisador, orientador de pesquisa, mas acima disso, na condição de professor, é que a oportunidade de apoio a pesquisa tornou-se um movimento de

reconhecimento do compromisso dos estudantes e egressos do curso com uma pesquisa séria e comprometida com a Democracia e os Direitos Humano-fundamentais.

A participação dos pesquisadores assim foi feita mediante convite, priorizando-se os estudantes que já haviam apresentado seus trabalhos de conclusão de curso (alguns desses que tive o privilégio de orientar), concluintes do curso ou já egressos. O convite, como forma de valorizar o importante programa de Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da FADIR/UFGD, também se estendeu aos mestres já formados pela instituição e mestrandos com suas pesquisas em desenvolvimento. Também abrangeu o convite a participação de professores que compõe o projeto de pesquisa vinculado ao Grupo de Pesquisa “Democracia, Constituição e Direitos Humano-fundamentais” que oportunizou a participação no mencionado edital. A pluralidade de olhares presentes nessa obra coletiva apresenta um olhar dos pesquisadores do curso de Direito da UFGD e também de outras instituições que de alguma forma dialogam *interinstitucionalmente* com essa proposta. A obra se propõe, em alguma medida, ser uma ponte e um fortalecimento de uma rede de pesquisa em crescimento.

O primeiro capítulo *Reflexões Históricas e Atuais da Maioridade Penal no Brasil: da tutela legislativa e do Direito Penal do Inimigo* da autoria de Isabela Alcalde Torres, tendo sido seu trabalho de conclusão de curso, relaciona a teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs com a justiça infanto-juvenil brasileira, bem como demonstra como discursos atuais que anseiam pela redução da maioridade penal formulam propostas historicamente superadas. A reflexão se faz importante diante do clamor popular pelo recrudescimento punitivo sobre aqueles considerados inimigos, em uma utopia de, assim, acabar com a violência. O trabalho teve por base literaturas e legislações relacionadas ao tema. O capítulo destaca a importância da análise histórica para que modelos fracassados não sejam revividos (por meio de emendas à Constituição) ao custo de pessoas excessivamente punidas, pelo fardo de ocuparem o posto de inimigos da sociedade.

O segundo capítulo: *ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO À LUZ DA LEI 12.965/2014 (Marco Civil da Internet no Brasil)*, da autoria de Massami Marques Moriyama, tendo sido seu trabalho de conclusão de curso, apresenta uma análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicações à luz da Lei 12.965/14. O capítulo apresenta de forma sucinta o panorama histórico da Internet e da responsabilidade civil no direito brasileiro, bem como seus conceitos e diferenças para fins de delimitação do conteúdo principal. O estudo foi construído através da análise dos dispositivos legais pertinentes ao tema ligados aos apontamentos doutrinários, bem como o conjunto de precedentes jurisprudenciais mais recentes pertencentes ao tema.

O capítulo seguinte *Liberdade Individual do Empregado e Poder Diretivo do Empregador: cabelo como expressão identitária*, de autoria de Jeovana Lima Gavilan e Guilherme Oliveira Silva, ambos mestrandos no Programa de Fronteiras e Direitos Humanos, aborda como os traços étnico-culturais são expressados através de diferentes elementos do meio social e de características dos indivíduos, os quais demonstram, inclusive, herança genética e influências externas, sendo influenciados pelos padrões estéticos hegemônicos. Diante disso, o capítulo reflete sobre o preconceito estético que eventualmente ocorre no meio trabalhista, mais especificamente analisar eventuais interferências sobre a dignidade do empregado exercidas por meio do uso do poder diretivo pelo empregador, principalmente quanto ao direito à identidade étnico-cultural manifestada através do cabelo daquele. Entre outras conclusões, o capítulo destaca que a discriminação se pauta sob lógica de sobreposição de valores que considera características “belas” apenas aquelas que se “enobrecem” dos padrões propagados pelo sistema econômico hegemônico vigente.

A obra também conta com o capítulo *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Tocante à Saúde* de autoria de Lucas Henrique Garcia Ortega, tendo sido seu trabalho de conclusão de curso, busca evidenciar a legitimidade do controle de constitucionalidade no Brasil em relação às políticas públicas, mais especificamente as políticas de acesso à saúde. Assim, relacionar-se-á como o Judiciário intervém nessa área visando sempre a não violação de direitos, e esclarecendo até que ponto a linha de tripartição de poderes estaria sendo violada, diferenciando assim o ativismo judicial do protagonismo judicial, e as consequências dessa dicotomia. Com isso, o autor evidencia a necessidade da atuação dos tribunais nessas políticas, haja vista o quão indiscriminadamente esses direitos (saúde) são violados, por decorrência lógica de um despreparo estatal por meio de suas instituições e agentes públicos.

O capítulo *A Estória que a História não Conta: uma análise sobre o regime político brasileiro no período de 1964 a 1985* foi escrito por João Pedro dos Reis Prado, que é bacharel pelo curso de Direito, e Wellington Henrique Rocha de Lima, que já foi professor substituto e orientador de pesquisas na FADIR/UFGD, apresenta uma análise sobre o regime político brasileiro vigente no período que vai de 1964 a 1985. Partindo-se da hipótese de que alguns movimentos, com grande monopólio de poder e fala, alinhados politicamente à direita, negam a história nacional. Segundo os autores, deu-se principal ênfase à estratégia de subsunção. O capítulo apresenta uma definição (de acordo com a ciência política) da palavra ditadura de forma abstrata e conceitual, e então, passa-se à análise do período histórico brasileiro em questão, tendo em vista a definição construída. A conclusão apresentada no capítulo gira em torno da reflexão sobre qual o regime político vivido pelo Brasil nesse tempo.

O capítulo *Considerações sobre a responsabilidade civil dos médicos nos aplicativos de mensagem instantânea* de Willian Alves Pagnoncelli, egresso do curso de Direito da UFGD, visa levantar discussões a respeito da responsabilização civil dentro da relação médico-paciente quando o atendimento ocorre por meios de aplicativos de mensagem instantânea, como o WhatsApp. A discussão se faz necessária de modo que é cada vez mais esse tipo de ferramenta é utilizada, pelo seu baixo custo e eficiência, pelos profissionais de saúde e pacientes para dirimir dúvidas pontuais, definir conduta, para feitura de correção de rota em tratamentos, comunicar urgências, acompanhar tratamento, etc., revelando o hiato frequentemente existente entre direito brasileiro e os problemas resultantes dessa relação.

O capítulo *(DES)CONSTRUINDO O GÊNERO DICOTÔMICO: Viabilidade de uma criminologia queer para uma nova base cultural* é de autoria de Amanda Oliveira Simões e de Paula Cristina Santos Pireneus, graduandas no Curso de Direito, e de Rafael Bulgakov Klock Rodrigues, bacharel em Direito pela UFGD e atualmente mestrando em Ciência Jurídica na UENP. O capítulo desenvolvido por esses pesquisadores tem como objetivo revelar como o binarismo de gênero e de sexo influem na criminalização da população LGBTQI+, e com isso evidenciar a influência do heterossexismo e da misoginia sobre, não apenas a edificação de conhecimento científico, mas inclusive sobre a produção, interpretação e aplicação de normas jurídicas. Os autores concluem pela necessidade de maior desenvolvimento de uma criminologia *queer* que dialogue com a matriz social a fim de reduzir as violências sofridas pela população que subvertem à heteronormatividade.

O capítulo *Migrantes Forçados: o direito a ter direitos e o princípio da hospitalidade como forma de integração* de Julia Stefanello Pires. Independentemente do tipo de migração, com maior ou menor grau de voluntariedade, seu status jurídico, rota migratória, dentre outras características, todos os migrantes possuem algum nível de vulnerabilidade, necessitando de medidas para que sua integração possa ser efetivada. O objetivo do capítulo é compreender o princípio da hospitalidade como fator de integração dos migrantes forçados, a partir da ideia desenvolvida por Hannah Arendt sobre o direito a ter direitos e a ausência de legalidade daqueles que não possuem um Estado para lhes proteger. Observa-se que além das políticas públicas e normativas do Estado de destino para a integração dos migrantes forçados, é necessário que a sociedade de acolhida ocupe seu papel no recebimento do migrante, dando-lhe oportunidades e meios para sua integração na comunidade local.

O capítulo *CHUVA DE VENENO: a (des)proteção jurídica-institucional dos povos indígenas frente a crescente utilização de agrotóxicos no Brasil*, de Heidi Michalski Ribeiro, egressa do curso de Direito da UFGD, Valeriana Augusta Broetto e Eduarda Muccini, observa como os agrotóxicos vêm interferindo negativamente nos processos ecológicos essenciais e na saúde humana, afetando

fortemente populações vulnerabilizadas, como os povos indígenas. O capítulo analisa a proteção jurídica conferida pelo Estado brasileiro a esses povos ante a utilização desmedida dos chamados defensivos agrícolas e de sua pulverização próximo a terras indígenas, onde objetiva-se evidenciar como essa prática tem ultrapassado o resguardo das lavouras e se manifestado como forma de coagir e anular vidas indígenas. O capítulo aponta que esses produtos químicos amplamente utilizados e pouco controlados pelo poder público, configuram como mais um dos diversos instrumentos de anulação física, cultural e espiritual dos povos indígenas no Brasil, fato esse que demanda urgente e eficaz proteção jurídica desses povos e rígido monitoramento do processo de produção e emprego desses venenos.

O capítulo *Adicional de Fronteira/Penosidade dos Servidores Públicos Federais: uma análise sob a doutrina dos direitos fundamentais e suas raízes constitucionais*, de Bruno Alexandre Rumiatto e Daniela Menin, ambos mestres em Fronteiras e Direitos Humanos, busca analisar os direitos fundamentais sob a ótica protecionista, abarcando em sua proteção os direitos que são regulamentados por normas infraconstitucionais, estendendo a estes o preceito da vedação ao retrocesso. Demonstrando ocorrência de retrocesso em emenda constitucional que retirou direitos fundamentais garantidos aos servidores públicos, em específico o adicional de fronteira que é espécie do gênero adicional de penosidade. O marco teórico eleito foi a defesa da teoria crítica dos direitos humanos defendida por Herrera Flores, quando declara que os direitos humano-fundamentais têm de ser mais do que garantidos em lei, eles devem ser aplicados na prática, garantidos verdadeiramente aos portadores do direito. Neste sentido, sua defesa destaca que é necessário que o direito inclusive seja garantido para posteriormente ser legalizado.

O capítulo *Direito à Educação Da Pessoa Com Deficiência: análise bibliométrica da pesquisa jurídica no Brasil*, de Albert Vinicius Icasatti, mestre em Fronteiras e Direitos Humanos, e Washington Cesar Shoiti Nozu, professor no referido programa, apresenta indicadores da pesquisa jurídica no Brasil sobre o direito à educação da pessoa com deficiência, a partir da análise de dissertações de mestrado e de teses oriundas de programas de pós-graduação em direito. Do ponto de vista metodológico, o trabalho apoiou-se na bibliometria, com aporte da revisão bibliográfica. Diante dos resultados, denota-se a necessidade de os programas de pós-graduação em direito das universidades brasileiras ocuparem-se, com mais atenção e interdisciplinarmente, do fenômeno jurídico nos desdobramentos da educação da pessoa com deficiência.

O capítulo *Interface Educação Especial – Educação Do Campo: dispositivos político-normativos dos municípios da Região da Grande Dourados*, de autoria de Eduardo Adão Ribeiro, mestre em Fronteiras e Direitos Humanos, e Washington Cesar Shoiti Nozu, descreve os dispositivos político-normativos sobre a

interface Educação Especial - Educação do Campo, produzidos no âmbito dos municípios que integram a região da Grande Dourados, no estado de Mato Grosso do Sul. Para tanto, os autores realizaram um estudo documental, utilizando como fontes de dados planos municipais de educação, leis e resoluções, os quais foram identificados, lidos, fichados e sistematizados para análise em dois eixos: um sobre as escolas do campo e a acessibilidade arquitetônica de seus espaços; outro acerca do Atendimento Educacional Especializado em escolas do campo. Com a conclusão da pesquisa os autores apontam que os dispositivos dos municípios pouco avançam na recontextualização da política educacional à realidade local, limitando-se a reproduzir as mesmas estratégias que os documentos de nível macro.

O capítulo *Acesso à justiça como direito fundamental: perspectivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, da autoria de Douglas Santos Meza-casa e Eduardo de Moraes Mori, visa analisar as funções contenciosas e consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos e como essas funções possibilitam o acesso à justiça no âmbito internacional. Analisa o acesso à justiça como um instrumento que efetiva os direitos fundamentais por meio das conquistas desses direitos ao longo da história, que atualmente estão divididos em gerações. O capítulo, por meio da metodologia de pesquisa bibliográfica e documental, após a sua introdução, inicia-se com um capítulo demonstrando as conquistas dos direitos fundamentais e, logo em seguida, demonstra de que maneira o direito ao acesso à justiça tornou-se uma garantia fundamental. Por fim, o capítulo analisa a estruturação do direito ao peticionamento, tanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto na Corte, e como o acesso à justiça se instala nesse ordenamento internacional.

Capítulo final *Questionando sobre os poderes constituídos e a vedação ao retrocesso à luz da formação jurídica: análises em perspectiva com estudantes e profissionais do Direito*, de minha autoria com meu orientador de doutoramento, o Prof. Fernando de Brito Alves, apresenta, em dois momentos, análises de uma pesquisa qualitativa sobre o perfil da comunidade jurídica e as impressões, por amostragem, que essa comunidade apresenta frente à temas de relevância para a teoria constitucional, como o princípio da vedação ao retrocesso de direitos e a primazia da Constituição junto aos Poderes Constituídos. Busca identificar se a experiência profissional e a formação jurídica acadêmica pode influenciar a visão do indivíduo (e comunidade de estudantes e bacharéis em Direito) sobre o protagonismo em matéria constitucional. O artigo indica que as duas dimensões (formação e prática) aparentam influenciar as visões sobre temas da Teoria Constitucional.

Feitas as apresentações, espera-se, sinceramente, que o(a) leitor(a) encontre na presente obra um companheiro de pesquisa e reflexões.

Boa leitura!

REFLEXÕES HISTÓRICAS E ATUAIS DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL: DA TUTELA LEGISLATIVA E DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

ISABELA ALCALDE TORRES¹

1. INTRODUÇÃO

Observa-se nos debates contemporâneos o uso do direito penal e das ferramentas punitivas como massa de manobra e argumento de campanhas que desmerecem os direitos fundamentais e apresentam as garantias constitucionais como empecilhos para a segurança pública. A construção de uma atmosfera de medo e de insegurança fomenta a busca por soluções fáceis e discursos passionais, notadamente presentes em ideais conservadores. Assim, discussões recentes trazem ao cenário nacional a redução da maioridade penal como uma saída “eficaz” para acabar com a marginalidade e com a insegurança vivida pelos brasileiros. Essa abordagem, por diversas razões², é insuficiente para resolver as demandas enfrentadas, por se atentar unicamente ao problema em si e não a suas causas ou a possíveis soluções.

Pode-se afirmar que reduzir a idade de imputabilidade penal se trata de uma medida apenas paliativa, que não ataca a questão em seu cerne, além de apenas transferir toda a responsabilidade do crime ao infrator³, negando as causas que contribuíram para a ação de violência e a própria responsabilidade do

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), especialista em Direito Processual Penal pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC - SP.
E-mail: isabela_a_torres@hotmail.com.

² A redução da maioridade penal demanda uma análise multifacetada do problema da violência que inclui razões de cunho social, econômico, histórico, político, cultural, biopsíquico que não seriam suficientemente consideradas em uma única abordagem, ou mesmo, em um único trabalho de pesquisa.

³ Não se nega, em absoluto, que o indivíduo menor de idade em conflito com a lei deva ser responsabilizado por suas ações. Ao infrator é preciso, analisando sua culpabilidade, aplicar as medidas socioeducativas previstas em legislações específicas, como no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.8.069 de 13 de julho de 1990), em seus art.112 e seguintes.

Estado na institucionalização dessa realidade⁴. O clima de insegurança, somado a elementos de insatisfação social, política e (sob alguma análise) de crise de legitimidade do próprio Estado⁵ em cumprir suas funções, apresenta-se em discursos de lideranças políticas com o estabelecimento de uma visão do adolescente infrator enquanto inimigo público que deve ser privado de direitos e garantias reservadas aos “cidadãos”.

Nesse sentido, a questão enfrentada no presente ensaio é: a redução da maioria penal, a partir de uma análise historiográfica, se justifica ou apenas se apresenta como uma retomada de discursos já superados pela legislação brasileira? A tentativa de redução da maioria penal pode ser encarada como uma positivação do “direito penal do inimigo” aplicado à criança e ao adolescente infratores?

A pesquisa se divide em três partes. A primeira dedicou-se a analisar o instituto da responsabilidade jurídico-penal da criança e do adolescente contrários à lei na história legislativa brasileira (optando-se pelo modelo de fases temporais adotado por Emílio Garcia Méndez), apontando os principais documentos legais de cada época e suas disposições relacionadas ao tema. Os resultados dessa fase de pesquisa serviram de base para a construção do tópico 2 do presente artigo.

A segunda fase da pesquisa se dedicou à análise do texto constitucional de 1988, do Estatuto da Criança do Adolescente – ECA (Lei n.8.069 de 13 de julho de 1990), e do garantismo (dentro de uma perspectiva de tutela integral) presentes em tais normativas. Do exame crítico do texto constitucional e infraconstitucional produziu-se o tópico 3.

Assim, já superadas as análises legislativas e históricas, a pesquisa passou para considerações acerca da presença do direito penal do inimigo na prática atual da justiça penal infanto-juvenil brasileira, como também em momentos históricos passados. Em seguida, fez-se um estudo dos discursos de redução da maioria penal enquanto uma retomada de legislações historicamente superadas, por meio das diversas PECs (Propostas de Emenda Constitucional) apresentadas. Essa pesquisa perpassa pela construção ideológica do Direito Penal do Inimigo aplicado ao adolescente infrator e, então, analisa-se criticamente a fragilidade da legitimidade das PECs perante o atual modelo de responsabilização infanto-juvenil e de como se chegou até ele. O resultado dessas reflexões se encontra no tópico 4.

Para responder a tais questionamentos, o que resultou neste ensaio, a pesquisa optou pelo método historiográfico para as etapas que envolviam a análise das legislações brasileiras e pelo método dialético em relação às questões

⁴ Ao Estado cabe promover medidas que previnam e combatam a violência em seu cerne. Espera-se do Estado a promoção de políticas de distribuição de renda, de combate à evasão escolar, de pleno emprego, de segurança pública, de direito ao lazer e de acesso à cultura, entre outros.

⁵ Por crise do Estado está se colocando aqui a fragilização da confiança da sociedade no poder estatal em cumprir suas funções. Problemas como a corrupção institucionalizada, a violência, crises mundiais, crises econômicas, entre outras questões, têm feito a sociedade questionar a necessidade do Estado e sua legitimidade de representação da população.

pertinentes à percepção crítica da realidade da justiça brasileira e das propostas das emendas constitucionais - PECs e à teoria do Direito Penal do Inimigo de Günther Jakobs. Correspondendo a estas metodologias adotadas, utilizou-se como ferramenta de pesquisa consultas e levantamento bibliográfico de obras jurídicas, artigos acadêmicos, banco de dados legislativos e sites de internet.

2. CONSIDERAÇÕES DO INSTITUTO DA IMPUTABILIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL PRÉ 1988

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sancionado pela lei 8.069 de 1990, que confere proteção especial à população infanto-juvenil, estabelece ser criança a pessoa de até 12 anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre 12 e 18 anos (art. 2), impondo diferentes medidas de responsabilização a cada um deles. Já o Código Penal, decreto-lei 2.848 de 1940, afirma inimputáveis⁶ os menores de 18 anos (art. 27), assim como o faz a Constituição Federal de 1988 (art. 228). Tem-se, assim, que o conjunto do ordenamento jurídico brasileiro adota o critério biológico, etário, para delimitar a imputabilidade e a responsabilização jurídica da criança e do adolescente, em contraponto ao critério da aferição do discernimento em cada caso concreto.

Para o correto entendimento da relação hoje existente entre o Estado e a criança e o adolescente em conflito com a lei, é necessário compreender o desenrolar histórico do tratamento dispensado a estas pessoas⁷ ao longo dos anos⁸. É interessante observar como a história testemunha a repetição de certos discursos, que são reproduzidos na atualidade de forma acrítica, ignorando-se todo um processo de luta e de revisão do tratamento legal destinado à criança e ao adolescente infratores. Para tanto, se expõe a realidade do Brasil enquanto colônia de Portugal⁹ e posteriormente se utiliza a periodização adotada por Emílio Garcia Méndez (2000, p. 5), qual seja, etapa penal indiferenciada, etapa tutelar e etapa garantista, que será tratada no próximo tópico.

⁶ Entende-se por imputabilidade: “a capacidade ou aptidão para ser culpável” (BITENCOURT, 2016, p. 457). A imputabilidade, juntamente com a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa compõe a culpabilidade, sendo esta o terceiro elemento da teoria geral do delito, após a tipicidade e a antijuridicidade.

⁷ Por uma opção de análise geral da aplicação da pena, o presente trabalho se debruça sobre o tema sem fazer análises específicas para os indivíduos escravizados (prática que perdurou por toda a história do Brasil pré-republicano). A aplicação de um “direito penal” para os escravizados seria um assunto para uma pesquisa autônoma e com outros desdobramentos, visto que o escravizado era, em um contexto de natureza jurídica, uma coisa e não um indivíduo com responsabilidade jurídica plena.

⁸ Não é a proposta do presente artigo fazer uma avaliação histórica pormenorizada, prestando-se a esclarecer as principais nuances de momentos histórico pontuais para a compreensão do assunto objeto da pesquisa.

⁹ Optou-se por não incluir este período na etapa penal indiferenciada, pois Emílio Garcia Méndez idealizou estas fases estipulando datas de início e fim de cada uma conforme mudanças legislativas verificadas em diferentes países ocidentais, não sendo possível enquadrar o período colonial brasileiro nesta classificação.

2.1. Brasil Colonial

O primeiro conjunto legislativo a ter real aplicação no Brasil colonial¹⁰ foram as Ordenações Filipinas, que em seu livro V, título CXXXV, tratava de quando os menores seriam punidos pelos delitos que praticassem. Juntamente com as normas positivadas “conviviam (...) normas de Direito Canônico e de direito costumeiro” (SHECAIRA, 2015, p. 27). O livro V, que vigorou até o Código Penal de 1830, instituía a prevenção criminal baseada na crueldade das penas. Quanto à pena de morte existia uma gradação de crueldade, sendo que a mais leve era chamada de “pena de morte natural”, que consistia no enforcamento simples, a “pena de morte natural com crueldade” era o enforcamento precedido de torturas, a “pena de morte natural com crueldade para sempre”, era seguida da exposição do corpo em praça pública até o apodrecimento, e, por último, havia a “pena de morte na fogueira” (NORONHA, 2004, p. 55). Quanto aos menores, o supracitado título deixou de dizer a idade a partir da qual se iniciava a maioridade penal, mas elucida Saraiva:

Havendo naquele tempo uma Igreja oficial, a Igreja Católica, primados do Direito Canônico presidiam a jurisdição do Estado. Pelo tradicional catecismo católico, a idade da razão era alcançada aos sete anos. Também do ponto de vista do Estado, no início do século XIX, sete anos era o marco da responsabilidade penal (SARAIVA, 2013, p. 26).

Assim, dos sete aos 17 anos de idade jamais seria aplicada pena de morte e, sendo delito que esta caberia, o julgador deveria aplicar menor pena. Àqueles entre 17 e 20 anos, cabia ao julgador aplicar pena total ou diminuída, levando em conta o modo e as circunstâncias em que o delito foi cometido, e a pessoa do menor, e caso tivesse sido praticado com “malícia” o bastante que merecesse maior pena, aplicar-se-ia pena de morte natural, ou enforcamento simples; aos maiores de 20 anos e menores de 25 aplicava-se pena total.

Desse modo, o legislador delegou ao juiz a análise da “malícia”, que hoje poderia ser traduzida por discernimento, dos indivíduos entre 17 e 20 anos de idade, ao praticar o crime, em cada caso concreto. A partir desse julgamento, era decidido se seria julgado como menor de 17 anos e, portanto, sem se aplicar pena de morte, ou, caso tivesse agido com discernimento, como maior de 20 anos, havendo apenas a ressalva de aplicação da versão menos cruel da pena de morte.

¹⁰ O recorte histórico da análise não abordará o período pré-colonial. Não se ignora, entretanto, que as comunidades indigenistas tinham sua própria construção jurídica e noção de responsabilidade, mas por opção metodológica a abordagem se limita às concepções ocidentais de Direito e organização jurídica de matriz romana (europeia). Para uma leitura aprofundada sobre o Direito pré-colonial, sugere-se a leitura de Colaço (1988) capítulo 1.

2.2. Brasil Imperial: Etapa Penal Indiferenciada

A primeira legislação brasileira a representar a etapa penal indiferenciada¹¹ foi o Código Criminal de 1830, que veio a substituir o Livro V das Ordenações Filipinas. Esta etapa é caracterizada pela pouca diferenciação no tratamento dos menores em relação aos adultos, que resultava em atenuação das penas, e aprisionamento de ambos nos mesmos espaços (SARAIVA, 2010, p. 18).

Quanto à população infanto-juvenil, seguindo a tradição, a idade de sete anos era marco de início da responsabilização, ainda que não prevista no texto legal (SARAIVA, 2013, p. 28-29). O código previa que o menor de 14 anos não seria julgado criminoso, a não ser que tivesse obrado com discernimento, caso em que seria recolhido por tempo determinado pelo juiz em casas de correção, até, no máximo, completar 17 anos de idade (art. 10, 1º c/c art. 13). Dos 14 aos 17 anos de idade podia ser condenado às penas da cumplicidade¹² (Art. 18, 10º, segunda parte.). Além disso, ser menor de 21 anos impedia que o autor fosse condenado à pena de galés, caso em que esta seria substituída por pena de trabalho forçado pelo mesmo tempo (Art. 45, 2º).

Assim, dos sete aos 14 anos de idade havia uma presunção *ius tantom* de inimputabilidade, que poderia ser superada caso o juiz entendesse ter o autor agido com discernimento. Mais uma vez a lei deixou nas mãos do judiciário a análise da imputabilidade no caso concreto.

2.3. Brasil Republicano: da Etapa Penal Indiferenciada a Etapa Tutelar

2.3.1. Etapa Penal Indiferenciada

Em 1890, o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, apresentou algumas mudanças em relação ao código anterior no que resguarda à criança e ao adolescente em confronto com a lei. Os menores de nove anos, e não mais de sete, não eram considerados criminosos (art. 27, § 1º), enquanto aqueles entre nove e 14 anos assim seriam considerados apenas se tivessem agido com discernimento (ar. 27, § 2º), caso em que se daria pena de prisão disciplinar nos chamados estabelecimentos industriais especiais¹³, pelo tempo determinado pelo juiz, até no máximo, a idade de 21 anos (art. 30). Novamente se verifica que cabia ao poder judiciário definir a idade marco da imputabilidade.

¹¹ A etapa penal indiferenciada está compreendida entre o surgimento dos primeiros códigos penais retribucionistas do século XIX até o início do século XX (SARAIVA, 2010, p. 18).

¹² Ao se aplicar penas de cumplicidade em prejuízo da pena de autoria, tinha-se uma atenuação da responsabilidade. (SHECAIRA, 2015, p. 32).

¹³ Nos anos seguintes foram criadas diversas instituições destinadas à internação de menores, como a Colônia Correcional de Dois Rios, localizada em Ilha Grande, o Instituto Disciplinar de São Paulo, na capital, seguido de dois outros em Mogi-Mirim e Taubaté, o Instituto João Pinheiro, em Minas Gerais e a Escola de Pescadores Antonio Serafim Lopes, no Paraná.

O código previa, ainda, no art. 399, § 2º, o recolhimento dos maiores de 14 anos, até no máximo a idade de 21 anos, nos estabelecimentos industriais especiais, quando não tivessem meios de prover a própria subsistência. O sentido de se criminalizar a infância abandonada, vadia ou mendiga se dá pela relação direta que se fazia à época, e ainda se faz, entre pobreza e delinquência. A criança pobre não teria outro futuro senão a criminalidade e por isso era dada tanta atenção a institucionalizá-la (BANDERA, 2014, p. 744).

Surge no fim do século XIX um movimento daqueles que defendiam a causa infanto-juvenil e clamavam por mudanças legislativas, acompanhando movimentos que já aconteciam em outros países. Alguns nomes como Irene Rizzini, Antonio Americano Brasil e Francisco Pilotti consideram o discurso do senador Lopes Trovão, na sessão de 11 de setembro de 1896, marco inicial deste movimento, ao defender intervenção estatal para conter os menores de rua (BANDERA, 2014, p. 745). Estudiosos e membros da sociedade civil engajados na causa passaram a clamar por instituições de assistência social, tribunais especializados e estabelecimentos prisionais destinados exclusivamente aos menores delinquentes.

A influência internacional que reverberava no Brasil advinha de movimentos que resultaram na criação do primeiro Tribunal de Menores do mundo, em 1899, no estado norte-americano de Illinois, na realização do primeiro Congresso Internacional de Menores, em 1911, em Paris, e na Declaração de Genebra de Direitos da Criança, de 1924. Defendia-se a necessidade da especialização do direito menorista, a partir da perspectiva do menor enquanto objeto de proteção do Estado. Restou claro que a tutela dos direitos infanto-juvenis ganharia âmbito internacional.

Em 1921, a lei 4.242, representou o fim da etapa indiferenciada no Brasil e demonstrou que se iniciaria a etapa tutelar. A legislação, apesar de orçamentária, revogou parcialmente o código penal vigente (SHECAIRA, 2015, p. 33). Autorizou a criação do serviço de assistência à infância abandonada e delinquente, no art. 3, e em seu parágrafo 16 fixou a maioridade penal 14 anos de idade, adotando, portanto, critério biológico, puramente etário, e não mais um critério subjetivo de aferição do discernimento pelo julgador no caso concreto.

2.3.2 Etapa Tutelar

A etapa tutelar¹⁴ é inaugurada no Brasil, em 1923, com a criação do primeiro Juizado Privativo de menores abandonados e delinquentes, no Rio de Janeiro, capital federal à época. Mello Mattos, primeiro juiz de menores do Brasil, foi o responsável pela elaboração do Código de Menores de 1927, publicado pelo

¹⁴ A etapa tutelar tem origem nos Estados Unidos, no início do século XX, introduzida pelo chamado Movimento dos Reformadores, a partir da “indignação moral decorrente do alojamento de maiores e menores nas mesmas instituições” (SARAIVA, 2010, p. 18-19)

Decreto 17.943- A, de 12 de outubro de 1927, também conhecido pelo nome de seu autor. O código foi o primeiro a demonstrar a especialização do ordenamento jurídico em relação à população infanto-juvenil, sendo que o tema deixou de fazer parte dos Códigos Criminais e Penais.

Os ideais tutelares têm por inspiração o positivismo, segundo o qual o menor não delinque por seu livre-arbítrio, mas por circunstâncias sobre as quais não tem controle, e por isso, a resposta estatal não deve ser sancionatória, e sim a imposição de medidas conforme o sujeito. Apesar de ser claramente um avanço diante da postura estatal anterior esta fase é claramente *correcionalista*, considerando o “menor de idade um ser inferior, digno de piedade, merecedor de uma postura assistencial”, sendo objeto de proteção do Estado (SHECAIRA, 2015, p. 35).

O capítulo VII tratava dos infratores, estabelecendo que o menor de 14 anos “não será submetido a processo penal de espécie alguma” (art. 68). Aqueles entre 14 e 18 anos estavam sujeitos a processo especial, cuja penalidade, seria o recolhimento a escolas de reforma (art. 69). Em ambos os casos, porém, se o menor fosse “abandonado, pervertido ou estivesse em perigo de o ser”, seria institucionalizado, assim como aqueles entre 18 e 21 anos enquadrados como mendigos, vadios e capoeiras (art. 78). Desse modo, tinha-se a criminalização da infância pobre e abandonada.

O código, ao enunciar que menores de 14 anos não seriam submetidos a processo e aqueles entre 14 e 18 anos a processo especial, estipulou a idade marco da inimputabilidade penal aos 18 anos¹⁵. Assim, a partir da etapa tutelar, como já havia anunciado a lei 4.242 de 1921, o legislador brasileiro pôs fim à discricionariedade do juiz no que resguarda a idade de imputação de crimes, que perdurou durante as Ordenações Filipinas, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 e passou a adotar a idade de 18 anos como seu marco.

Em 1943 foi instalada uma Comissão Revisora do Código de Menores, que pretendia criar um código misto, com aspectos sociais e jurídicos. Tinha por influência movimentos internacionais que levaram à elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, da Convenção de Roma, em 1950, e da Declaração dos Direitos da Criança, em 1959. Após o golpe militar, no entanto, a comissão foi dissolvida (AMIN, 2010, p. 7).

A segunda legislação que caracterizou o período tutelar no Brasil foi a lei 6.697, de 10 de outubro de 1979, que sancionou o novo Código de Menores. Este estabeleceu a Doutrina da Situação Irregular, segundo a qual a criminalização do

¹⁵ Este aspecto não é entendimento pacífico nas referências doutrinárias. Shecaira afirma que o Código Mello Mattos teria confirmado a imputabilidade penal aos 14 anos de idade, uma vez que entre os 14 e os 18 anos haveria um processo penal especial (2015, p. 39). Em outra corrente, Andréa Rodrigues Amin, apresenta o entendimento de que o Código teria fixado a imputabilidade penal aos 18 anos, uma vez que a letra da lei fala em “processo especial”, dos 14 aos 18 anos, o que não configuraria processo penal (2010, p.06 e 07).

menor poderia tanto “derivar de sua conduta pessoal (caso de infrações por ele praticadas ou de “desvio de conduta”), como da família (maus-tratos) ou da própria sociedade (abandono)”. Como consequência, durante sua vigência, cerca de 80% das crianças e adolescentes internados nas FEBEMs não tinham praticado fatos tipificados como crime pelo Código Penal (SARAIVA, 2010, P. 44-45). Em seu art. 2º o código estabelecia como em situação irregular, sujeito às medidas de assistência e proteção, o menor:

I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.

Além das medidas taxativamente previstas, o Juiz de Menores poderia determinar outras, a partir de seu “prudente arbítrio”, através de portaria e provimento, se assim considerasse necessário à recuperação do menor, como previsto no art. 8º, sendo desprezado assim o princípio da legalidade. “A doutrina da situação irregular fez do juiz um bom pai de família que tinha toda a discricionariedade para decidir” (SHECAIRA, 2015, p. 43).

Os últimos anos do regime militar foram marcados por um processo gradual de redemocratização, e pelo repúdio de setores da sociedade ao ciclo compulsório de institucionalização resultante da legislação de menores, que se demonstrava ineficaz e perverso. Começaram a surgir movimentos sociais locais desvinculados do Estado, através dos quais a população de baixa renda se organizava pela garantia de seus interesses. Tudo isso foi decisivo para a caracterização e consolidação da nova etapa legislativa de tutela dos menores de idade em conflito com a lei – a etapa garantista (COSTA, 1993, p. 20-22).

3. O INSTITUTO DA IMPUTABILIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Antes de qualquer aspiração por mudanças constitucionais e legislativas em relação ao direito penal infanto-juvenil se faz necessário um correto entendimento do atual modelo sancionador-educativo vigente no Brasil. Para tanto, deve-se analisar quais fatores sociais levaram até ele e por quais meios, bem como quais são as medidas de proteção e socioeducativas e quando são cabíveis.

3.1. Etapa Garantista e a luta pela constitucionalização de direitos

Assim como a anterior, a etapa garantista se originou no Brasil a partir de tendências internacionais. Após a redemocratização, em 1985, fez-se necessária uma nova carta constitucional, que abrangesse as aspirações democráticas da população e a evolução da normativa internacional relativa a direitos e garantias fundamentais. A Constituição Cidadã, como é conhecida, foi promulgada em 08 de outubro de 1988, e em seus artigos 227 e 228 conferiu pela primeira vez tratamento constitucional à criança e ao adolescente autores de atos infracionais, estabelecendo a idade de 18 anos como início da imputabilidade penal e sujeitando aqueles de idade inferior às normas da legislação especial. Esta entrou em vigor em 13 de julho de 1990, pela lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente. A Constituição e o ECA marcaram o início da etapa garantista no Brasil.

Internacionalmente, destacam-se fatores que haviam levado, em 1943, à citada criação da Comissão Revisora do Código de Menores, quais sejam, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Convenção de Roma de 1950, e a Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Além destes, destacam-se o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude de 1985 (Regras de Beijing), a Convenção dos Direitos da Criança de 1989, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil de 1990 (Diretrizes de Riad), e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Proteção aos Jovens Privados de Liberdade de 1990.

O processo que levou à inclusão dos referidos artigos na Carta Magna brasileira fez-se interessante pela ampla participação popular e pela importância alcançada pelos grupos sociais. No início dos anos de 1980 surgiu o projeto Alternativas de Atendimento a Meninos de Rua, de iniciativa conjunta da UNICEF (Fundo das Nações Unidas para Infância), da FUNABEM e do Ministério da Previdência e Assistência Social – através da Secretaria de Ação Social. Buscou identificar, registrar e divulgar experiências locais e comunitárias de atendimento à infância carente, criando canais de transmissão e produção de ideias alternativas à realidade falida imposta pelo Código de Menores. Em novembro 1984 realizou-se o I Seminário Latino Americano de Alternativas Comunitárias a Meninos e Meninas de Rua (COSTA, 1993, p. 25- 27).

Em 1985 foi criada a Comissão Nacional do Movimento Meninos e Meninas de Rua, que organizou nacionalmente as comissões locais de grupos já organizados de maneira informal. O I Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua aconteceu em Brasília em 1986, e demonstrou o “alto grau de consciência política” das crianças e dos adolescentes, participantes dos grupos locais e

estaduais, que “denunciavam a constante e sistemática violação de seus direitos de pessoas humanas e de cidadãos” (COSTA, 1993, p. 27-28).

A instalação da Assembleia Nacional Constituinte, em 1987, foi o momento oportuno de luta pela positivação dos direitos tão discutidos anteriormente. Já em setembro de 1986 a Portaria Interministerial nº 449 criou a Comissão Nacional Criança e Constituinte, que envolvia os Ministérios da Educação, Saúde, Providência e Assistência Social, Justiça, Trabalho e Planejamento e também a UNICEF. Segundo Costa, a Comissão foi responsável por “um amplo processo de sensibilização, conscientização e mobilização da opinião pública e dos constituintes”, envolvendo encontros, debates e uma “carta de reivindicações contendo mais de 1,4 bilhões de assinaturas de crianças e adolescentes, exigindo dos parlamentares constituintes a introdução dos seus direitos na Nova Carta” (1993, p. 29).

Resultado de todo este contexto, da aprovação de duas emendas de iniciativa popular, “Criança e Constituinte” e “Criança – Prioridade Nacional”, e da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que estava por ser aprovada, foi a constitucionalização dos direitos da criança e do adolescente de acordo com a doutrina da proteção integral, consubstanciada no art. 227 da CRFB/88:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifo nosso)

O parágrafo 3º do mesmo artigo trata exatamente do que configura o direito à proteção integral, tendo destinado seus incisos IV e V aos autores de ato infracional, conferindo-lhes:

garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica; obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

Completando o conjunto de direitos conquistados pelos movimentos populares brasileiros e pela normativa internacional em formação, o art. 228 estatui que “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Dois anos após a promulgação da constituição foi aprovada a lei 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, que veio a regulamentar o art. 228, revogando o Código de Menores e a Política Nacional do Bem-

Estar do Menor. O ECA destina-se a toda a população infanto-juvenil e não apenas àquela compreendida no binômio carência-delinquência, e como se depreende do próprio nome dado ao estatuto, a denominação menor, categoria considerada estigmatizante, deixa de ser utilizada.

A Doutrina da Proteção Integral representa novo paradigma de tutela de direitos da criança e do adolescente. A visão filantrópica e assistencial destinada aos menores, carentes ou delinquentes, que conferia ampla discricionariedade ao juiz, caracterizadora da Doutrina da Situação Irregular, deixa de existir. De meros objetos de proteção da lei, a criança e o adolescente se tornam sujeitos de direitos e obrigações, em condição especial de desenvolvimento (AMIN, 2010, p. 9).

3.2. O modelo de responsabilização do Estatuto da Criança e do Adolescente: medidas de proteção e medidas socioeducativas

O Estatuto da Criança e do Adolescente é a legislação que traz um sistema de garantias à população infanto-juvenil, e também um sistema de responsabilização pela prática de infrações penais. Este último se dá através das chamadas medidas específicas de proteção e medidas socioeducativas¹⁶, e a tipificação do que é considerado ato infracional é delegada pelo ECA às leis penais. Assim, toda “conduta descrita como crime ou contravenção penal” é denominada ato infracional quando praticada por menores de 18 anos à data do fato (art. 103 e 104). Às crianças são aplicáveis as medidas específicas de proteção, previstas no art. 101 do ECA, quais sejam:

encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; acolhimento institucional; inclusão em programa de acolhimento familiar; colocação em família substituta.

Já aos adolescentes podem ser aplicadas algumas das medidas anteriores, além das medidas socioeducativas, de acordo com a gravidade da infração cometida e com sua capacidade de cumpri-las (Art. 112, VII e § 1º). O art. 112 do ECA enumera quais as medidas socioeducativas: advertência, obrigação de reparar dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional. As duas

¹⁶Não é a proposta do presente artigo trazer uma explanação pormenorizada acerca das medidas de responsabilização de crianças e adolescentes e de sua aplicação, prestando-se a citá-las de maneira geral para a compreensão do assunto objeto da pesquisa.

últimas são mais rigorosas, uma vez que privativas de liberdade, devendo ser aplicadas em caráter excepcional, pois afastam o adolescente do convívio familiar. Este direito, previsto no art. 227, *caput*, da Carta Magna, assegura que à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente deve sempre ser dada preferência, segundo a doutrina da proteção integral.

Faz-se importante destacar a defesa de diversos autores acerca da natureza jurídica de caráter penal das medidas de responsabilização. É a posição de, dentre outros, Emílio García Mendez (2000), Sérgio Salomão Shecaira (2015), João Batista Costa Saraiva (2010; 2013) e Karyna Batista Sposato (2011). Esta leciona que “tanto em relação ao que origina e fundamenta a intervenção estatal – a prática do ato infracional – como em relação ao que isto acarreta ao adolescente – a imposição da medida socioeducativa – se verifica o forte teor penal da matéria” (SPOSATO, 2011, p. 77).

Assumir a natureza penal das medidas afasta resquícios da etapa tutelar e exige que todos os princípios e garantias do direito penal sejam assegurados também à população infanto-juvenil. A exposição de motivos da lei orgânica espanhola 5/2000, sintetiza de modo claro o que aqui se busca explicar sobre a legislação especial brasileira, que tem, *natureza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad*¹⁷.

4. DEBATES CONTEMPORÂNEOS DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL E DIREITO PENAL DO INIMIGO: VENTOS DE RETROCESSO

A partir das legislações vigentes no passado relacionadas à criança e ao adolescente em conflito com a lei e da atual realidade da justiça infanto-juvenil brasileira é possível identificar características próprias do direito penal do inimigo de Günther Jakobs em nossa sociedade. Já as 37 propostas de emenda à constituição fruto da Câmara dos Deputados entre 1988 e 2016 demonstram a busca por reviver modelos superados pela normativa nacional e internacional ao longo dos anos, e pela positivação de tal direito penal do inimigo.

4.1. O direito penal do inimigo na realidade brasileira: o caso da criança e do adolescente contrários à lei

A criança e o adolescente autores de atos infracionais encontram-se no centro de acaloradas discussões acerca da necessidade de redução da

¹⁷ Tradução livre: “natureza formalmente penal mas materialmente sancionadora-educativa do procedimento e das medidas aplicáveis aos infratores menores de idade”.

maioridade penal para conter a dita crescente criminalidade por eles protagonizada¹⁸. Os meios de comunicação e, por conseguinte, grande parte da sociedade coloca sobre estas pessoas o pesado fardo de inimigos da coletividade, responsáveis por quase todos os problemas relativos à segurança social.

A lógica de que inimigos públicos devem ser tratados de forma especialmente severa pelo ordenamento jurídico-penal para que possam ser contidos, tem como sustentadores renomados estudiosos como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, tendo cada qual definido um grupo específico como inimigo (JAKOBS, 2015, p. 24 a 29), e, mais modernamente, Günther Jakobs, principal expoente da teoria do Direito Penal do Inimigo. Segundo Jakobs, “o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”. A primeira reação estatal refere-se ao direito penal do cidadão, que visa com a pena a reafirmação da vigência da norma transgredida, enquanto a segunda, ao direito penal do inimigo, que tem como escopo a eliminação de perigos (JAKOBS, 2015, p. 40).

Meliá, por sua vez, defende que “não há inimigos no Direito Penal, pelo que de fato, todos os seres humanos são cidadãos”, sendo assim, todo direito penal é do cidadão e o direito penal do inimigo comporta normas de exceção e, por isso, não integra o próprio direito penal. São duas as principais diferenças entre estes dois últimos: “a) O Direito Penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva¹⁹), mas demoniza (igual exclui) a determinados grupos de infratores; b) em consequência, o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor”. As características apresentadas muitas vezes não estão claras no texto legal, mas verificam-se na sua aplicação à realidade fática (MELIÁ, 2015, P. 101, 112).

O inimigo é comumente identificado em atores da criminalidade econômica, da criminalidade organizada, de delitos sexuais e daqueles relacionados às drogas, mas, principalmente, em atores de práticas terroristas, por serem estas ações de grande complexidade, que envolvem agentes de diversas nacionalidades, tendo como base questões políticas e ideológicas (SALES, 2012, p. 66). Assim, seria dever do Estado zelar pela segurança dos demais cidadãos de modo diferenciado em relação a tais inimigos, que demonstram ser delinquentes por princípio ao se afastarem do direito de maneira duradoura (JAKOBS, 2015, p. 40).

¹⁸ No próximo título serão analisadas mais a fundo tais discussões, especialmente no que se refere às Propostas de Emenda à Constituição que visam à modificação do art. 288 da Constituição Federal de modo a reduzir a idade de imputabilidade penal.

¹⁹ Entende-se por prevenção geral positiva o papel da pena de reafirmação da norma após a colocação em dúvida de sua vigência, trazida por seu descumprimento (MELIÁ, 2015, p. 103).

Ana Paula Correa de Sales identifica, no entanto, que “em realidades como a brasileira, em que o perigo do terrorismo não é algo concreto e real neste momento histórico” se verifica, não necessariamente na letra da lei, “a prática dessas medidas de supressão de garantias processuais e trato diferenciado para determinados atores na esfera penal” (2012, p. 67). É notável, por sua vez, que o próprio Jakobs alerta ser um perigo ao Estado de Direito quando o direito penal do inimigo não fica claramente delimitado em relação ao direito penal, e características daquele acabam por influenciar práticas deste (2015, p. 47-48). Manuel Cancio Meliá enumera as três principais características do direito penal do inimigo, quais sejam:

um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas (...). Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (2015, p. 90).

Assim, o inimigo é punido mais pelo que ele pode vir a fazer caso continue em liberdade do que pelo fato delituoso por ele praticado, assim “a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos”, caracterizando claramente, um direito penal do autor (JAKOBS, 2015, p. 34).

Na realidade brasileira atual é possível identificar as citadas características do direito penal do inimigo na prática da justiça juvenil. Como ilustração, toma-se a questão da medida socioeducativa de internação que, segundo o art. 122 do ECA, só pode ser aplicada nos casos de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça, pela prática reiterada de infrações graves ou pelo descumprimento de medida anteriormente imposta. Na realidade, no entanto, constata-se que se o ECA tivesse sido cumprido, no ano de 2013, ao posto de 15,2 mil de adolescentes internos no Brasil, este número seria de aproximadamente 3,2 mil (SILVA; OLIVEIRA, 2015, p. 24).

Dessa forma, constata-se que a escolha da internação ao posto da medida cabível indica o adiantamento da punibilidade, uma vez que parte-se da lógica que apenas fora do convívio social o adolescente não voltaria a delinquir. Tem-se, também, uma pena desproporcionalmente alta em relação ao fato praticado, por ser a internação a mais rígida medida socioeducativa, e isso tudo resulta da supressão de garantias, uma vez que o ECA deixa claro o caráter excepcional segundo o qual deveria ser aplicada a medida.

Em uma retrospectiva histórico-legislativa também é possível identificar a população infanto-juvenil contrária à lei enquanto inimiga da sociedade. O Código Penal de 1890 criminalizava os menores de idade vadios, mendigos e

abandonados, assim como o Código Mello Mattos, que previa penas até àqueles que estivessem “em perigo de ser” abandonados e pervertidos, e também o Código de Menores de 1979, que reunia as pessoas nesta situação na categoria de “menor em situação irregular”. A antecipação da punibilidade era ainda mais adiada nestas situações, uma vez que se criminalizava a pobreza para que, por consequência dela, as crianças não se tornassem delinquentes no futuro. Quanto às duas últimas características, a pena ser desproporcionalmente altas e as garantias suprimidas, restam presentes uma vez que a pobreza nem mesmo deveria sofrer penas, mas sim ser amparada por medidas sociais que tentassem superá-la.

4.2. PECs da Câmara dos Deputados: novas roupagens para velhas propostas e a busca pela positivação do Direito Penal do Inimigo

O fato de a criança e o adolescente em confronto com a lei serem identificados como inimigos encontra respaldo na sociedade brasileira, que busca que o tratamento mais severo não apenas aconteça, como já acontece, na prática da justiça infanto-juvenil, mas também seja positivado, como se depreende da situação de, no ano de 2015, 85% da população apoiarem a redução da maioridade penal²⁰.

Sales defende que a criação de “inimigos internos” numa sociedade é fruto de uma articulação entre mídia e classes dominantes (2007, p. 75), que resulta no que Chomsky chama de “fabricação de consentimento” (CHOMSKY, 2002). Este consentimento advém da imagem de terror iminente construída pela mídia, a partir da qual, o governo, que possui meios de fazê-la responder aos seus interesses, pode atuar da maneira que lhe convém, recebendo do apoio popular, legitimidade para suas pautas²¹.

O recrudescimento das leis penais é uma forma rápida de o governo mostrar à população sua atuação de combate à violência, mesmo que muitas vezes acabe se limitando ao plano simbólico²², seja pelo pequeno âmbito de aplicação, seja pela dificuldade de efetivação das medidas. Políticas públicas sociais preventivas, como aquelas previstas no art. 227 da constituição federal, tendem a apresentar resultados de médio e longo prazo, não sendo tão interessantes à reeleição de governantes e aliados.

²⁰ Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/pdf/RelatorioECA2015v5.pdf>>. Acesso em: 16/03/2015.

²¹ Não é a proposta do presente artigo tratar a fundo a relação entre mídia, medo e poder estatal. Sobre o tema, sugere-se como leitura PASTANA, 2003; BOURDIEU, 1997; BATISTA, 2003; GINSBERG, 1986.

²² Sobre Direito Penal Simbólico e Punitivismo na atuação legislativa sugere-se a leitura de MELIÁ, 2015.

Para demonstrar o caráter paliativo das medidas de recrudescimento punitivo, que não adentram o âmago dos motivos que levam à violência praticada por crianças e adolescentes, é válido notar que no ano de 2013, roubo, furto e tráfico somaram cerca de 67% do total dos atos infracionais, enquanto delitos considerados graves, como homicídios, latrocínio, lesão corporal e estupro compuseram 12,7% do total. É notável a relação existente entre os delitos mais comuns e as situações de exclusão social, como também demonstra pesquisa de 2003, segundo a qual “mais de 60% dos adolescentes privados de liberdade eram negros, 51% não frequentavam a escola, 49% não trabalhavam quando cometeram o delito e 66% viviam em famílias consideradas extremamente pobres” (SILVA; OLIVEIRA, 2015, p. 15, 24).

Não obstante, o consentimento criado e nutrido de que há a necessidade de punição mais severa como forma de combate à criminalidade do adolescente infrator, fez com que, no período entre 1989 e 2013, surgissem, na Câmara dos Deputados, trinta e sete PECs buscando a redução da maioridade penal²³. O número suntuoso, de propostas muitas vezes idênticas, e que, de alguma forma, já fizeram parte da realidade jurídica do Brasil, demonstra como dar visibilidade ao assunto pode se tornar plataforma política. As justificativas das PECs, no geral, abordam a situação da criança e do adolescente em confronto com a lei relacionando-a a impunidade, que estaria levando ao aumento da violência. O caráter punitivo das medidas de proteção e socioeducativas é, desse modo, desprezado, assim como o fato de a maioria dos delitos estarem ligados à criminalidade econômica e, portanto, à pobreza e à falta de oportunidades de grande parte da população infanto-juvenil. Como exemplo, as palavras do deputado Sandes Junior, na justificativa da PEC 279/2013:

A sociedade assiste, *indefesa*, ao incremento das ações delituosas perpetradas por menores de dezoito anos, cada vez mais ousadas, e, diante da enorme *sensação de impunidade* e de *insuficiência da reprimenda aplicada*, clama por esta mudança constitucional (grifo nosso)

Já o Deputado Rogério Lisboa, cita na justificativa da PEC 48/2007, de sua autoria, que faltam iniciativas governamentais que coloquem o art. 227 da Constituição e o ECA em prática, e estabelecimentos capazes de ressocializar os menores infratores. Assim, o próprio autor admite que a proteção à criança e ao adolescente é falha e que todos os preceitos e objetivos do ECA ainda não foram

²³ Ver Tabela 1. Optou-se, por opção metodológica, pela apresentação das Propostas de Emenda à Constituição apresentadas apenas pela Câmara dos Deputados, e em seu texto original. Frisa-se que a PEC 171/1993, com um texto modificado em relação ao original, foi aprovada em segundo turno pela Câmara dos Deputados dia 19/08/2016 e aguarda votação do Senado Federal, sendo que a ela foram apensadas todas as demais PECs.

alcançados, mas contraditoriamente propõe a redução da maioridade penal, e não a solução dos problemas citados.

É possível agrupar estas propostas de emenda constitucional (apresentadas na Tabela 1) em três grandes blocos. O primeiro contém aquelas que confeririam ao poder judiciário certa discricionariedade acerca da definição da imputabilidade, de acordo com a aferição do discernimento no caso concreto. O segundo, as propostas que concederiam ao legislativo o arbítrio de decidir a idade marco da maioridade penal, através de leis ordinárias. O último bloco abarca as PECs que reduziriam a idade de imputabilidade penal, estabelecendo-a na própria constituição federal.

O primeiro bloco contempla as seguintes propostas, que estabelecem uma idade a partir da qual caberia ao juiz analisar o grau de discernimento do autor do ato infracional: 302 (2004), 489 (2005), 73 (2007), 85 (2007), 87 (2007), 125 (2007), 339 (2009), 57 (2011). É possível relacionar o conteúdo destas PECs ao contido nas já analisadas Ordenações Filipinas, no que se refere à análise da malícia com a qual o crime foi cometido, para que o julgador decidisse a gravidade da pena a ser aplicada. A mesma lógica permeou o Código Criminal de 1830, no qual menores de 14 anos poderiam ser declarados imputáveis, se comprovado que tivessem agido com discernimento, e no Código Penal de 1890, quando tal aferição se realizava entre os nove e os 14 anos de idade.

Já o segundo grupo é composto pelas propostas 64 (2003) e 321 (2001), que delegam à lei ordinária a definição etária da imputabilidade penal. Cabe salientar que este padrão foi aquele seguido por todos os textos legislativos, que trataram da questão da criança e do adolescente infratores, anteriores a constituição federal de 1988, uma vez que a atual carta foi a primeira a conferir tutela constitucional ao tema.

O terceiro e mais numeroso bloco é composto pelas PECs 14 (1989), 171 (1993), 37 (1995), 91 (1995), 301 (1996), 426 (1996), 531 (1997), 68 (1999), 133 (1999), 150 (1999), 167 (1999), 169 (1999), 633 (1999), 260 (2000), 377 (2001), 582 (2002), 179 (2003), 242 (2004), 272 (2004), 345 (2004), 48 (2007), 223 (2012) 228 (2012), 279 (2013), que reduzem para diversas idades o marco da imputabilidade penal, pelas PECs 386 (1996), 399 (2009), 74 (2011), que estabelecem os crimes pelos quais o autor seria imputável antes dos 18 anos, e pela proposta 332 (2013) que sugere a continuidade do cumprimento da pena, segundo a lei penal após os 18 anos.

Em relação a este último grupo de propostas também é possível a comparação com legislações já superadas historicamente, como as Ordenações Filipinas, o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890, que estabeleciam idades inferiores a atual enquanto marco da imputabilidade penal. A partir do

Código de Menores de 1927 a idade de 18 anos passou a ser adotada no ordenamento jurídico brasileiro.

É interessante recordar, como já foi tratado, que a idade de 18 anos enquanto marco da imputabilidade penal surgiu a partir de um processo legislativo influenciado por normativas internacionais e que a constitucionalização da matéria resultou de uma luta da sociedade civil brasileira contra toda forma de arbitrariedade e desrespeito aos direitos e garantias de crianças e adolescentes em conflito com a lei, ocorridos antes de 1988. Como leciona Luís Roberto Barroso, “A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuito, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito” (2009, p. 333).

Tabela 1: PROPOSTAS DE EMENDAS À CONSTITUIÇÃO
Quadro sintético da Câmara dos Deputados 1988-2016

ID	PEC	Ano	Autor	Inimputabilidade Penal
1	14	1989	Telmo Kirst	16 anos
2	171	1993	Benedito Domingos	16 anos
3	37	1995	Telmo Kirst	16 anos
4	91	1995	Aracely de Paula	16 anos
5	301	1996	Jair Bolsonaro	16 anos
6	386	1996	Pedrinho Abrão	16 anos para alguns crimes
7	426	1996	Nair Xavier Lobo	16 anos
8	531	1997	Feu Rosa	16 anos
9	68	1999	Luiz Antonio Fleury /Íris Simões	16 anos
10	133	1999	Ricardo Izar	16 anos
11	150	1999	Marçal Filho	16 anos
12	167	1999	Ronaldo Vasconcellos	16 anos
13	169	1999	Nelo Rodolfo	14 anos
14	633	1999	Osorio Adriano	16 anos, emancipado ou não.
15	260	2000	Pompeo de Mattos	17 anos
16	321	2001	Alberto Fraga	Idade fixada em lei, dependendo de aspectos psicossociais do agente, aferidos por junta médica.
17	377	2001	Jorge Tadeu Mudalen	16 anos
18	582	2002	Odelmo Leão	16 anos
19	64	2003	André Luiz	18 anos. Salvo casos excepcionais dispostos em lei, entre 16 e 18 anos.
20	179	2003	Wladimir Costa	16 anos
21	242	2004	Nelson Marquezelli	14 anos

22	272	2004	Pedro Corrêa	16 anos
23	302	2004	Almir Moura	18 anos. Salvo parecer contrário de junta médico-jurídica ratificado em juízo, entre 16 e 18 anos.
24	345	2004	Silas Brasileiro	12 anos
25	489	2005	Medeiros	Pode o juiz concluir pela imputabilidade do menor de 18 anos, a partir de laudo psicológico, se julgar que o grau de maturidade justifica a pena.
26	48	2007	Rogério Lisboa	16 anos
27	73	2007	Alfredo Kaefer	Pode o juiz concluir pela imputabilidade do menor de 18, a partir de avaliação médico-psicológica sobre a capacidade de entender o caráter delituoso do fato e de autodeterminar-se de acordo com esse entendimento.
28	85	2007	Onyx Lorenzoni	18 anos. Salvo crime doloso contra a vida, quando o juiz pode concluir pela imputabilidade, entre 16 e 18 anos, a partir de laudo multidisciplinar sobre consciência do caráter ilícito do fato e capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento.
29	87	2007	Rodrigo de Castro	18 anos. Salvo crime doloso contra a vida, ou inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, ou imprescritível. Nestes casos pode o juiz concluir pela inimputabilidade, caso se comprovada a incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
30	125	2007	Fernando de Fabinho	Crianças são inimputáveis. O juiz concluirá pela imputabilidade ou não do adolescente, a partir de seus fatores psicossociais e culturais e das circunstâncias em que foi praticada a infração penal.
31	399	2009	Paulo Roberto Pereira	18 anos. Salvo ato praticado com violência ou grave ameaça, entre 14 e 18 anos, quando o juiz ratificar a

				imputabilidade a partir de atestado de junta médico-psicológica sobre a plena consciência do ilícito praticado.
32	57	2011	Andre Moura	16 anos. A partir desta idade a imputabilidade será determinada por perícia e decisão judicial, a partir de fatores psicossociais e culturais do agente.
33	74	2011	Acir Gurgacz e outros	18 anos. Salvo homicídio doloso e roubo seguido de morte, tentados ou consumados, entre 15 e 18 anos.
34	223	2012	Onofre Santo Agostini	16 anos
35	228	2012	Keiko Ota e outros	18 anos. Salvo ato cometido com violência, grave ameaça, crime hediondo ou contra a vida. Pena cumprida em local diferenciado até 21 anos, e depois em unidade prisional.
36	279	2013	Sandes Junior	16 anos
37	332	2013	Carlos Souza	18 anos. Ao completar 18 anos, o infrator terá decretada a extinção da medida socioeducativa a que foi submetido, mas, nos termos da legislação penal, continuará a responder pelo crime, cuja pena será cumprida em local diferenciado.

A partir da tabela é possível confirmar o fato de ser o recrudescimento punitivo palanque eleitoral de políticos, uma vez que muitas propostas da Câmara dos Deputados se verificam idênticas. Também se afere que a primeira delas, a PEC 14 de 1989 é anterior ao próprio ECA, demonstrando como a lógica do direito penal do inimigo nem mesmo deu chances à legislação que viria de implantar seu novo modelo.

5. CONCLUSÃO

É possível verificar pelo trabalho a importância do conhecimento histórico da legislação (e da realidade) brasileira para refletir sobre questões contemporâneas, especialmente em momentos políticos tão aflorados. A História (inclusive jurídica) tem muito a contribuir para análises de problemas hoje vividos e na construção de discursos fáceis que afrontam os direitos socialmente

conquistados. A força com que tais discursos se apresentam na atualidade parece ignorar a superação histórica já experimentada com propostas similares, o que (se tais discursos prosperassem) representaria um retrocesso de séculos.

A análise histórica permite identificar claramente que a imputabilidade penal em idades mais tenras (como se propõe hoje) não surtiram efeito no combate à violência e marginalização e as legislações que sustentaram tais premissas foram sendo abandonadas com a adoção de visões mais humanistas sobre os direitos humanos do apenado e, especialmente, da criança e do adolescente em confronto com a lei.

Basta refletir sobre as disposições do texto constitucional de 1988 e do ECA para perceber que não existe a “impunidade” institucionalizada, como apreçoam os posicionamentos de ódio tão aclamados (políticos e midiáticos, entre outros). Existe previsão de punições para crianças e adolescentes que estão em situação de conflito com a lei vigente, mas esta se dá em proporção e tempo adequados e razoáveis para a faixa etária que a lei pretende atingir. Não se pode considerar racional que se aplique a alguém com a personalidade em formação uma punição equivalente a de um adulto com perfeito discernimento, com capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de autodeterminar-se. Adotar uma medida assim (igualdade de punição independentemente da faixa etária) representaria uma punição desproporcionalmente elevada à população infanto-juvenil.

O que se percebe na análise da questão é que a sociedade (de um modo geral) não busca a Justiça, ou a punição do infrator. Não se vislumbra o desejo por ver uma punição aplicada, mas sim claro se mostra um verdadeiro desejo de eliminação de inimigos. O que se espera é ver o infrator sofrendo e apartado da sociedade. Nesse tipo de visão existe uma tentativa de “livrar” a sociedade dos “indesejados”. A CRFB/88 e o ECA oferecem uma visão garantista para impedir a implementação desse punitivismo exacerbado, priorizando a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos. Claro se verifica, à luz da presente pesquisa, que muitas movimentações políticas se fazem para enfraquecer o texto constitucional ou afastar essas garantias.

Com clareza de argumentos é possível identificar, como demonstrado, que nas articulações para aprovações das propostas de emenda constitucional em que figura a pauta da redução da maioria penal existe a tentativa de positividade do direito penal do inimigo em face das crianças e adolescentes em situação de conflito com a lei. Aqui, como se demonstrou, não se trata apenas de identificar esta população como “inimigos” da sociedade, em uma visão genérica de aplicação do Direito Penal, mas de eliminá-las.

Cabe identificar, de forma racional e precisa, a presença dos elementos trazidos por Gunther Jakobs que demonstram a aplicação dessa teoria: a) adiantamento da punibilidade, pelo qual se vislumbra punir não pelo fato já praticado,

mas por todos os outros que o indivíduo pode vir a praticar, em uma clara aplicação do odioso direito penal do autor; b) penas desproporcionalmente altas – a redução da maioria penal afetaria a aplicação da punição em proporção desarrazoada, visto que o infrator que receberia condenações muito gravosas para sua situação biopsíquica, ainda em formação; e c) supressão de garantias – negação de direitos e garantias previstos no próprio texto constitucional e no Estatuto da Criança e do Adolescente, o que é – e não é preciso muito para concluir – um argumento perigoso.

Não foi objetivo da pesquisa uma análise aprofundada da influência da mídia nesse processo de construção da aplicação do Direito Penal do Inimigo em face das crianças e dos adolescentes em situação de conflito com a lei, bem como no processo de tentativa de legitimação das PECs estudadas nesse artigo. O tema e a abordagem, entretanto, são extremamente relevantes e merecem uma pesquisa específica e aprofundada. Espera-se que o presente resultado de pesquisa possa contribuir nesse sentido como uma referência de base de análise para trabalhos futuros nesse enfoque ou em outros similares, dada a dimensão do tema e das possibilidades de reflexão (visto se tratar de um tema complexo).

O presente ensaio de pesquisa não se pretende conclusivo ou definitivo em relação a análise das PECs relativas à redução da maioria penal ou em relação do direito penal do inimigo. Espera-se, entretanto, poder contribuir com reflexões diferenciadas e com a contribuição do resgate histórico das legislações adotadas pelo Brasil e que apontam para a superação histórica de tentativas de redução como solução do problema da violência e da marginalidade.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução Histórica do Direito da Criança e do Adolescente: o direito brasileiro. In: Kátia Maciel (org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BANDERA, Vinicius. Práticas, leis e discursos modernizadores: o processo de construção do Código de Menores de 1927. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALL, Itajaí, v.9, n.2, 2º quadrimestre de 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a televisão**. Tradução: Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 17 de jun. 2016.

_____. **Decreto 847 de 11 de outubro de 1890.** Promulga o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em 08 de set 2016.

_____. **Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistência e proteção a menores (Código dos Menores). Documento histórico. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em 14 de jul. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de setembro de 1940.** Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 02 de ago. 2016.

_____. **Lei 4242 de 05 de janeiro de 1921.** Documento histórico. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-14629-17-janeiro-1921-5011102-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 25 de ago. 2016.

_____. **Lei 6.697 de 10 de outubro de 1979.** Institui o Código de Menores. Documento Histórico. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm>. Acesso em 14 de jul. 2016.

_____. **Lei de 16 de Dezembro de 1830.** Manda executar o Código Criminal. Documento histórico. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em 22 de set 2016.

CHOMSKY, Noam. **Media Control: the spectacular achievements of propaganda.** Nova Iorque: Seven Stories Press, 2002.

COLAÇO, Thais Luzia. **O Direito Guarani Pré-Colonial e as Missões Jesuíticas:** A Questão da incapacidade indígena e da Tutela Religiosa. Tese de Doutorado em Direito. Florianópolis: CPGD/UFSC, 1998. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77774/143754.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 de outubro de 2016.

COSTA. Antônio Carlos Gomes da. **De menor a cidadão:** notas para uma história do novo direito da infância e da juventude no Brasil. Brasília: Editora do Senado, 1993.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 5/2000 de enero. Reguladora de la responsabilidad penal de los menores. (Exposición de motivos).** BOE n.11 de 13 de enero de 2000. Madrid, ESP. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-641&p=20121228&tn=0>>. Acesso em 23 out. 2016.

GINSBERG. The Captive Public. **How mass opinion promotes state power.** Nova Iorque: Basic Books, 1986.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo:** Noções e Críticas. Org. e trad. André Luis Gallegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2015.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do inimigo? In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo:** Noções e Críticas. Org. e trad. André Luis Gallegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2015.

MÉNDEZ, Emilio García. Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate latino americano. **Justiça21.** Buenos Aires, 2000. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/arquivos/bib_206.pdf>. Acesso em: 16/03/2016.

MORAES, Laura Rolim de. **Idade Penal:** aspectos relevantes da punibilidade no ordenamento jurídico brasileiro. 2008. 188 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2008.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**, volume 1: introdução e parte geral. 38 ed. rev. e atual. por Adalberto Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 2004.

PASTANA, Débora Regina. **Cultura do Medo**: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil. São Paulo: Editora Método, 2003.

PORTUGAL. **Ordenações Filipinas**. Documento histórico. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em 30/06/2016.

SALES, Ana Paula Correa de. **A criminalização da juventude pobre no Brasil e a ascensão de um Estado de Direito Penal Máximo**. 2012. 342 f. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) Universidade de Salamanca. Salamanca: 2012.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

_____. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**: Adolescente e ato infracional. Posto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2010.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Enid Rocha Andrade da Silva; OLIVEIRA, Raissa Menezes de. **O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal**: esclarecimentos necessários. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/notatecnica_maioridade_penal>. Acesso em 24/10/2016.

SILVA, Fernanda Xavier da. **As Constituições da Era Vargas**: uma abordagem a luz do pensamento autoritário dos anos 30. Política e Sociedade. Volume 9, n. 17 – outubro de 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma Teoria de Responsabilidade Penal de Menores**. (Doutorado em Direito) Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011.

ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO À LUZ DA LEI 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET NO BRASIL)

MASSAMI MARQUES MORIYAMA¹

1. INTRODUÇÃO

Fomentado pela Guerra Fria, em curto espaço de tempo, os sistemas de comunicação ao redor do mundo sofreram um enorme avanço tecnológico, trazendo consigo os primeiros conceitos de comunicação e compartilhamento de informações em tempo real, dando o nome ao que hoje conhecemos como Internet.

O rápido crescimento, bem como a grande adesão da população, fez com que a Internet integrasse intimamente o cotidiano da população, revelando um total descompasso entre as legislações vigentes à diversas plataformas de comunicação, tais como: redes sociais, redes de *streaming*, nuvens de armazenamento e etc. Lamentavelmente, aglutinado ao avanço sistemático da internet, facilitou-se a disseminação injúrias, difamações, compartilhamento de conteúdo discriminatórios ou pornográficos, violando o direito pessoal à intimidade.

Nessa teia, surgiu a preocupação em tutelar os usuários de internet, bem como responsabilizar civilmente os respectivos provedores causadores dos danos ou imputá-las a terceiros responsáveis, com a finalidade de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano.

O Marco Civil da Internet, ou Lei 12.965 de 2014, diferenciou e limitou a responsabilidade civil pertinente aos provedores de conexão e os provedores de

¹ Bacharel em Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD.
E-mail: massamimm@gmail.com.

aplicações. Ocorre que, a aplicação o texto legal da referida lei possui certas particularidades, as quais depreende-se da análise de certos pontos específicos.

Sendo assim, o presente estudo visa abordar as especificidades e aplicabilidades inerentes a responsabilidade civil e seus pressupostos, dirimindo as incertezas quanto a responsabilidade civil dos danos decorrentes de conteúdos compartilhados à Internet mediante seus provedores. Assim, questão que norteia a presente pesquisa pode ser representada pela seguinte pergunta: é possível aplicar a responsabilidade civil dos provedores de aplicação à luz da Lei 12.956/14, mais conhecida como Marco Civil da Internet no Brasil?

Para responder esse questionamento a pesquisa utilizou-se da abordagem metodológica da revisão bibliográfica e documental, utilizando-se como ferramentas de pesquisa os sites de busca, bibliografias especializadas e análises da legislação aplicada à matéria.

2. A INTERNET: DO BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA INTERNET

Inicialmente, conforme J.B. Pinho (2003), a Internet tem seu começo em meados da Guerra Fria, momento no qual se iniciava os primeiros conceitos e estudos sobre conectividade em rede. Nesse anseio de avanço tecnológico em comunicação, a URSS (União Soviética) saiu na frente dos Estados Unidos com o lançamento em órbita do primeiro satélite não natural, o Sputnik².

Ainda, é ressaltado que devido a este salto tecnológico realizado pela União Soviética, o presidente norte americano da época, Dwight D. Eisenhower, anunciou a criação da *Advanced Research Projects Agency* (ARPA – Agência de Pesquisa e Projetos Avançados, em português), a qual fazia parte do Departamento Nacional de Defesa dos Estados Unidos, tornando-se o maior programa de pesquisas de informações do governo militar americano, mãe do sistema/projeto Arpanet (ARPANET, 2019).

Segundo Castells (2003), o projeto Arpanet³ surgiu da necessidade da criação de uma rede nacional de comunicação entre computadores do Departamento de Defesa em todo território americano, inclusive com universidades e institutos de pesquisa, visando garantir uma disparidade maior na corrida tecnológica armamentista em relação à União Soviética.

Ferrari (2008) afirma que as primeiras pesquisas de comunicação interativa foram iniciadas em 1969. Devido aos grandes sucessos dos diversos testes de conectividade realizados entre diferentes estados norte-americanos, a

² Nome dado ao programa que produziu a primeira série de satélites artificiais soviéticos (SPUTNIK, 2019).

³ Como parte desse esforço, a montagem da ARPAnet foi justificada como uma maneira de permitir aos vários centros de computadores e grupos de pesquisa, que trabalhavam para a agência, compartilhar online tempo de computação (CASTELLS, 2003, p.14).

Arpanet integrou, em 1975, a Agência de Comunicação e Defesa, cujo objetivo era facilitar ainda mais a comunicação entres dos departamentos de defesa e institutos de pesquisas norte-americanas.

Posteriormente, em 1983 o projeto ARPANet divide-se na ARPA-MILNET⁴, para fins essencialmente militares, surgindo assim uma nova ARPA-Internet, onde se começa as primeiras definições do que hoje é conhecido a *Internet*.

Castells (1999) sustenta que diante do grande volume de informações trocadas entre os utilizadores de internet da época – Universidades e Institutos de Pesquisas – foi necessário a criação de um parâmetro único para as trocas de dados em redes.

Assim, finalmente na década de 90, a internet teve outro salto tecnológico, que permitiu melhorar os envios e recebimentos de dados, os cientistas do *Centre Européen pour Recherche Nucléaire* (CERN) criaram a rede mundial de computadores, a *World Wide Web*, ou melhor, a “WWW” que organizou de forma sistemática o envio de informações pelos usuários, bem como permitiu aos usuários que incorporassem aos meios de navegação imagens e textos (HISTÓRIA DA WORLD WIDE WEB, 2019).

Informa Pinho (2003) que a *World Wide Web* surgiu com o intuito de uma plataforma de multimídia, a qual utilizava os *browsers* como meio de navegação para o acesso das informações disponibilizadas nos bancos de dados criados por diferentes servidores.

Com tal inovação a Internet adquiriu milhares de usuários ao redor do mundo, facilitando a disseminação de novas informações, antes inacessíveis, sem sair de suas casas. Ao ampliar a possibilidade de compartilhamento de dados, opiniões e informações, passou-se também a discutir como a responsabilidade civil se aplicaria nesse ambiente intangível e imaterial conhecido como Internet.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL – HISTÓRICO, DEFINIÇÃO E PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

3.1. Contextualização histórica da responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil, centralizada na pacificação de conflitos sociais, possui desde os seus ideais embrionários até os dias atuais uma

⁴ A MILNET (Military Network), criada em 1983 foi uma rede que cuidava das informações militares dos Estados Unidos da América (EUA). Foi uma expansão da ARPANET. Na década de 90, o nome mudou-se para NIPRNET (MILNET, 2019).

densa e extensiva evolução histórica⁵ e cultural. Em regra geral, o dano ilícito gerado pelo causador sempre foi combatido pelo Direito, o que mudou ao longo da história humana foi apenas o modo de agir contra dos danos sofridos em decorrência do ato ilícito praticado.

Conforme Gonçalves (2010), o marco inicial da responsabilidade civil foi formulado na Roma Antiga com uma ideia centralizada na vingança privada (*vendetta*). Na época em que vigorava a *Lei de Talião*, resumida basicamente em seu provérbio clássico de “olho por olho, dente por dente”⁶. Era necessário apenas a verificação dano efetivo sofrido pela vítima para a busca de um direito de reação imediata fundada na equidade.

Posteriormente, o período da utilização do instituto da “vingança privada” foi decaindo, e a teoria jurídica passou a superar a ideologia de uma justiça realizada através da violência (e que privilegiavam a vida, o corpo ou a liberdade do agressor como “valor equivalente” para compensar o dano sofrido) e passaram a analisar as vantagens de um possível ressarcimento do dano lesado através de uma compensação econômica. Ratificado com a instituição da Lei das XII Tábuas, o qual pregava o entendimento basilar de que o patrimônio do causador do dano já poderia ser responsável pelo ato ilícito.

Por sua vez, foi somente com o nascimento da *Lei de Aquilia* que se iniciou um princípio norteador para a reparação do dano. Para melhor explicar a lei supracitada se faz jus a lição de Silvio de Salvo Venosa teoria do tempo efetivamente trabalhado se faz jus a lição do Maurício Godinho Delgado:

[...] foi um plebiscito aprovado provavelmente em fins do século III ou no início do século II a.C., que possibilitou atribuir ao titular de bens o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem tivesse destruído ou deteriorado seus bens (2009, p.17).

A referida lei é vista como marco fundamental para a aplicabilidade da culpa nas obrigações de indenizar, a mesma deu origem a responsabilidade extracontratual ou “responsabilidade aquiliana” nos conflitos sociais.

Já na Idade Média, como consequência dos princípios e normas do Direito Romano, foi se aperfeiçoando o instituto de reparação civil em todo território da Europa Medieval, excepcionalmente no direito francês, conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 27).

⁵ Cabe esclarecer que não é objetivo do presente artigo tecer uma análise histórica aprofundada ou pormenorizada. Esse tipo de abordagem foge do escopo estabelecido para a pesquisa e igualmente exigiria uma abordagem mais historicista. Assim, as considerações históricas são apenas pontuais e se propõe a elucidar as explicações apresentadas.

⁶ Não se ignora que a Lei de Talião configurou-se como um importante e complexo instrumento jurídico, sendo, de fato, um avanço para a época. Dessa forma, não há a intenção da pesquisa em minimizar a complexidade da Lei ou mesmo invalidar os demais dispositivos. Aqui, ao destacar esse “dispositivo” a pesquisa apenas aponta o trecho que, em resumo, indica o “espírito” com que a Lei de Talião foi produzida (da vingança privada e, supostamente, equivalente).

[...] aos poucos, foram sendo estabelecidos certos princípios, que exerceram sensível influência nos outros povos: direito à reparação sempre que houvesse culpa, ainda que leve, separando-se a responsabilidade civil (perante a vítima) da responsabilidade penal (perante o Estado); a existência de uma culpa contratual (a das pessoas que descumprem as obrigações) e que não se liga nem a crime nem a delito, mas se origina da negligência ou da imprudência.

Segundo Noronha (2007) durante à Idade Média, especialmente no século Iluminista (XVIII), que se iniciaram os ideais de separação cisaõ entre a responsabilidade civil e penal, até então confundidas, esta última atinente ao Estado, com aplicação de penas, quando incorresse em delito penal e a outra atrelada à reparação de danos, no âmbito privado.

Por sua vez, foi somente sobre o prisma dos fundamentos da Revolução Francesa em meados de 1789, bem como o surgimento do Código Civil Francês ou Código de Napoleão, proferido em 21 de março de 1804, que se diferenciou definitivamente a responsabilidade civil da responsabilidade penal.

O Código Civil Francês amparado pelo liberalismo, conservadorismo, e neste caso, a propriedade privada, unificou as leis civis da França, o qual espalhou-se por grande parte do Continente Europeu, norteando a elaboração de vários códigos civis de países, inclusive o Brasil.

Nesse gancho histórico para o Brasil, assim como todo país, a responsabilidade civil teve várias etapas de evolução até a data de hoje, a título exemplificativo, ressalta-se o Código Criminal de 1830, o qual instituía a justiça e equidade, prevista na reparação natural ou a indenização ao ofendido, quando fosse viável, para melhor entendimento, esclarece Carlos Roberto Gonçalves (2012, p.27) que “a reparação civil era condicionada à condenação criminal. Posteriormente, foi adotado o princípio da independência da jurisdição civil e da criminal”.

Lembra-se que o Brasil, inicialmente, adotou os padrões normativos do Reino de Portugal para as definições das relações privadas. Foi somente 1916, com o surgimento do primeiro Código Civil, elaborado por Clóvis Beviláqua, que integrou a teoria subjetiva da responsabilidade civil a realidade jurisdicional, a qual exigiu prova fundamental da culpa do agente causador, ou, em alguns casos, a mesma era presumida.

O atual Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) impõe o dever de reparação do dano causado por ato ilícito nos artigos 186 e 187, incluindo a obrigação de reparação do prejuízo, independente de culpa, em casos específicos previstos em lei, ou quando a conduta realizada pelo provocador do dano implicar, pela própria natureza, risco para os direitos de outrem, chamada *teoria do risco*, rezada pelo artigo 927 do mesmo.

Conforme afirma Noronha (2007) a teoria do risco surgiu em decorrência da revolução industrial, onde surgiu a necessidade social de se assegurar a reparação dos danos acometidos por máquinas industriais, mesmo que seu causador não tivesse agido em culpa.

Em suma, o panorama histórico da responsabilidade civil foi marcado pela básica noção de reparabilidade por um dano causado a alguém, partiu-se, inicialmente, de uma confusão entre as diferentes responsabilidades (civil e criminal), partindo da vingança privada, até o conceito atual, da reparação fundada na culpa, ou intentada pela teoria do risco.

3.2. Definição e pressupostos da responsabilidade civil

Para a doutrinadora Maria Helena Diniz (2003, p. 34) define-se responsabilidade civil como:

[...] medida que obriga alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

Consoante explicitado no tópico anterior, a responsabilidade civil, bem como a obrigação de reparar o dano origina-se da conduta ilícita do agente causador, ressalva-se que nem toda obrigação de indenização pode derivar de ato um ilícito.

Conforme Silvio de Salvo Venosa (2003), para que reste configurado o dever de indenizar vindo da responsabilidade civil, deve ser atendido quatro pressupostos, quais sejam: ação ou omissão voluntária ou conduta humana, relação de causalidade ou nexos causal, o dano e a culpa do agente.

a) A existência de uma conduta humana, seja ela uma ação ou omissão, que cause um dano/prejuízo a outrem. É a conduta do agente ou de outrem, ou sob sua responsabilidade, que produz resultado danoso.

b) O nexos de causalidade ou nexos causal, elemento indispensável, é a coluna de ligação entre a conduta do agente ao dano ocorrido. Lembra-se que na responsabilidade objetiva é dispensado o elemento da culpa, mas não o nexos causal.

c) Entendido como redução ou perda do patrimônio material ou moral do lesado em decorrência da conduta - ação ou omissão - do agente ou por seu responsável.

d) A culpa caracterizada quando o causador do dano incide em dolo (lato sensu), ou quando sem intenção de provocá-lo (sentido estrito) incidindo em negligência, causa o dano e tem o dever de repará-lo.

No Código Civil de 2002, se encontra a síntese do instituto da responsabilidade civil, encontrada no artigo 186, que diz: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

A comprovação da culpa é peça fundamental essencial para caracterizar a responsabilidade, se não há culpa, ou meios de prova-la, não há de se falar em responsabilidade ou ressarcimento.

Por sua vez, como toda regra tem sua exceção, conforme observado no tópico 3.1, temos o a previsão da responsabilidade objetiva, a qual necessita apenas de três requisitos - a conduta, o dano e nexos de causalidade - para que exista o dever de indenizar, ratificado pelo artigo 927 do Código Civil de 2002.

Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dessa forma, verifica-se que a responsabilidade civil em regra está fundamentada no conceito de culpa civil, atrelada ao nexos causal, conduta humana, o dano e a culpa, está última, não é requisito essencial, haja vista a adoção da teoria do risco em nosso ordenamento.

4. LEI Nº 12.965/2014 – MARCO CIVIL DA INTERNET

Mais conhecida como *Marco Civil da Internet* ou *Constituição da Internet*, aprovada no dia 23 de abril de 2014, a Lei nº 12.965/2014⁷ teve como a finalidade estabelecer princípios, garantias e deveres às lacunas existentes às relações jurídicas realizadas através da internet.

Antigamente denominada como Projeto de Lei n.º 2.126/2011, oferecido na Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo, com o intuito, principalmente, de uma resposta ao Projeto de Lei 84/99, conhecido como “Lei Azeredo”⁸, também de chamado de AI-5 digital devido ao seu grande caráter repressivo, para um melhor entendimento deste caráter, cita-se George Salomão Leite e Ronaldo Lemes (2014, p.04).

Com uma redação ampla demais, ela transformava em crimes condutas comuns na rede, praticadas por milhões de pessoas. Por exemplo, criminalizava práticas como transferir as músicas de um iPod de volta para o computador. Ou, ainda, criminalizava práticas como desbloquear um celular para ser usado por operadores diferentes. Ambas punidas com até quatro anos de reclusão. E esses são apenas dois exemplos pontuais. Se aprovada como proposta, aquela lei significaria um engessamento da possibilidade de inovação no país. Seria uma lei que nos engessaria para sempre como consumidores de produtos tecnológicos, criminalizando diversas etapas necessárias para a pesquisa, inovação e produção de novos serviços tecnológicos.

⁷ O Deputado Federal do Rio de Janeiro Alessandro Molon (REDE-RJ) foi o relator do Marco Civil da Internet na Câmara dos Deputados e o senador Luiz Henrique (PMDB-SC) o relator no Senado Federal.

⁸ O projeto recebeu esse nome por conta do seu relator o deputado Eduardo Azeredo (PSDB-MG)

Impulsionada com a participação popular e pelo “Caso Snowden” (SENADO FEDERAL, 2014), representou não só uma participação mais democrática aos usuários de internet do país frente a elaboração de seu texto legal, mas também o interesse do Estado em demonstrar apoio contra a quebra de sigilos dos sistemas empresariais e governamentais.

Vale ressaltar que o Marco Civil funcionou como uma iniciativa pioneira na ideia de uma democracia expandida. Ele promoveu um amplo debate racional entre os diversos atores que participaram de sua elaboração. No processo de consulta, foram considerados não apenas os comentários formalmente feitos por meio da plataforma oficial, mas também todos aqueles mapeados por meio de redes sociais (como o Twitter), posts em blogs e qualquer outra forma de contribuição que pudesse ser identificada online (LEITE; LEMOS, 2014, p. 05). Quando o escândalo provocado pelas revelações de Edward Snowden repercutiu no Brasil, o tema tomou-se rapidamente uma questão de governo. Era preciso reagir - e rápido - à grave constatação de que o governo brasileiro havia sido espionado. A quebra de privacidade atingia não apenas organizações, como foi o caso da Petrobrás, mas atingia pessoalmente a presidente Dilma Rousseff, que teve suas comunicações indevidamente bisbilhotadas pelo governo norte-americano. Naquele momento, a proposta mais séria e completa de reação do Estado brasileiro consistia no Marco Civil da Internet, projeto de lei que se encontrava então pendente de análise - para não dizer meramente engavetado - na Câmara dos Deputados havia quase dois anos (LEITE; LEMOS, 2014, p. 03).

Composto por cinco capítulos, os quais apontam os “princípios, objetivos, direitos e garantias dos usuários, da provisão de conexão e de aplicações de internet, da atuação do poder púder público e, finalmente, as disposições finais”⁹, o Marco Civil da Internet passou a regulamentar várias questões cíveis no direito brasileiro.

Após 60 (sessenta) dias a sua publicação oficial, em 23 de junho de 2014 passou a vigorar o Marco Civil da Internet, o qual estabeleceu de forma sistemática os princípios¹⁰ e objetivos¹¹ que nortearam as relações jurídicas da internet brasileira.

⁹ Capítulos inseridos à Lei 12.965 de 2014.

¹⁰ Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV - preservação e garantia da neutralidade de rede; V - preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI - responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII - preservação da natureza participativa da rede; VIII - liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei. Parágrafo único. Os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹¹ Art. 4º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção: I - do direito de acesso à internet a todos; II - do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III - da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV - da adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados

5. CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DE PROVEDORES TRAZIDOS PELA LEI 12.965 DE 2014

O Marco Civil da Internet, especificadamente em seu art. 5º¹², aponta os principais conceitos técnicos usadas na rede de computadores. Para o presente estudo, os conceitos mais importantes estão relacionados aos provedores de Internet, quais são: provedores de conexão (ou serviços) de internet e provedores de aplicação de internet.

5.1. Provedores de conexão ou provedores de serviços

Os provedores de conexão, também chamados de provedores de serviços, geralmente instituídas como pessoas jurídicas de direito privado, são as responsáveis pelo intermédio entre o usuário de rede e a conexão à internet. Estes provedores oferecem ao cliente o acesso à Internet conforme sua necessidade, escolhendo assim, a velocidade de download de dados e especificidades, bem como um serviço de assistência técnica.

Conforme Serro (2015), conceitua provedor de conexão nos moldes do Marco Civil da Internet:

Estes provedores, chamados de provedores de conexão ou provedores de serviços, são os responsáveis pela intermediação entre a operadora e o usuário do serviço contratado. Nesta modalidade de provedor, é oferecida a conexão à Internet conforme especificidade e velocidades contratadas e o acesso poder ser feito através de uma identificação de usuário e senha, por exemplo. Os provedores de conexão são os responsáveis por alcançar ao usuário diretamente o acesso à rede. Este acesso é feito através de uma conexão adquirida de *backbone*¹³ (LEONARDI, 2010).

¹² Art. 5º da Lei 12.965/14 traz as seguintes definições: I-internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; II - terminal: o computador ou qualquer dispositivo que se conecte à internet; III - endereço de protocolo de internet (endereço IP): o código atribuído a um terminal de uma rede para permitir sua identificação, definido segundo parâmetros internacionais; IV - administrador de sistema autônomo: a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País; V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; VI - registro de conexão: o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados; VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e VIII - registros de acesso a aplicações de internet: o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP. (BRASIL, 2014).

¹³ O provedor *backbone* é a pessoa jurídica que efetivamente detém as estruturas de rede capazes de manipular grandes volumes de informações, constituídas, basicamente, por roteadores de tráfego interligados por circuitos de alta velocidade (LEONARDI, 2010).

Por fim, finaliza Capanema (2017), para entendimento mais simplificado, que classifica o provedor de conexão como o mero “transportador” de dados dos usuários de internet.

5.2. Provedores de aplicação

Estes provedores, também conhecidos como *middleware*, tem função diferente aos de conexão, haja vista este trabalhar como instrumento para execuções das aplicações realizadas pelo usuário. No artigo 15 do Marco Civil da Internet, traz a seguinte conceituação acerca de provedores de aplicação:

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento.

Para complementar a definição supracitada, no inciso VI do artigo 5º da mesma lei traz uma definição sobre o termo “aplicações”:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e [...]

Para finalizar, ensina Aquino (2016):

Então, num primeiro momento, pode-se dizer que Provedor de Aplicação de Internet é uma expressão que descreve qualquer organização, grupo ou empresa que proporcione aos usuários um conjunto de funcionalidades podem ser acessadas por meio de um computador conectado à internet.

Dessa forma, pode-se tirar uma conclusão inicial que não se enquadra na expressão acima citada, o provedor de backbone (provedor de infraestrutura) e o provedor de acesso ou conexão, este último pela própria distinção feita pelo Marco Civil da Internet em seu texto entre provisão de aplicações e provisão de conexão de internet. Serro ensina (2015, p. 06).

Entende-se, então, que provedores de aplicação são todas as funcionalidades, realizadas por intermédio de um terminal de acesso, onde ocorre a troca de informações por usuários, pode-se considerar como provedores de aplicações os sites, aplicativos, serviços de hospedagem, jogos e etc., remunerados ou gratuitos.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO

O Marco Civil da Internet tem como foco principal de regulamentação a responsabilidade civil dos provedores sobre o conteúdo gerados por terceiros, haja vista que demandadas ocasiões diversas já são protegidas pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Lembre-se, que os provedores de conexão, acima definido, não são responsabilizados por conteúdos gerados por terceiros, conforme tratamento do art. 18 da referida lei¹⁴, bem como pelo Comitê Gestor da Internet (CGI), o qual consagrou uma resolução (BRASIL, 2009) com 10 princípios, dentre eles o *princípio da inimputabilidade da rede*¹⁵. Consoante este princípio, todos aqueles que exercem a atividade de mero transportador de dados, não poderá ser responsabilizado civilmente e penalmente pelos danos causados pelos conteúdos dessas informações.

Dessa forma, Serro (2015, p. 07) reafirma da seguinte maneira:

Os provedores de conexão não serão responsabilizados por conteúdos gerados por terceiros, já que não existe possibilidade de conhecimento e interferência, bem como de fiscalização dos conteúdos postados, trocados ou enviados por seus usuários.

Por sua vez, importante destacar que o artigo 13 da Lei 12.965 de 2014 os provedores de conexão devem manter todos os registros de conexão, em sigilo e segurança, pelo prazo de um ano.

No que atine aos provedores de aplicações, o tratamento da responsabilidade civil é mais complexo e polemizado, o qual é estabelecido no Marco Civil da Internet através do artigo 19 ao 21. Lembrando que em seu artigo 15 os provedores de aplicações de internet devem manter os respectivos registros de acesso das aplicações de internet pelo prazo de seis meses, mantidos em segredo, e com o devido controle e segurança.

Por fim, apresenta-se o tema objetivo do presente trabalho, uma à análise específica quanto à responsabilidade dos provedores de aplicações conforme tratamento dado à Lei 12.965/14.

¹⁴ Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

¹⁵ 7. Inimputabilidade da rede. “O combate a ilícitos na rede deve atingir os responsáveis finais e não os meios de acesso e transporte, sempre preservando os princípios maiores de defesa da liberdade, da privacidade e do respeito aos direitos humanos” (BRASIL, 2009).

6.1. Análise doutrinária e jurisprudência da responsabilidade civil dos provedores de aplicações

Anterior à adoção da Lei 12.965/2014, alguns doutrinadores, como Bruno Miragem (2016, p. 120-121), defendia o entendimento de que os provedores de aplicações teriam o dever de monitorar antecipadamente tudo aquilo que seria colocado em sua plataforma, independente de notificações extrajudiciais ou judiciais. Uma ideologia adotada de responsabilidade objetiva, ou seja, cabendo seu dever de reparar a vítima independente de comprovação de culpa do provedor.

Diferente disso, o STJ entendia que o provedor não teria o encargo de monitorar anteriormente tudo aquilo que seria inserido em seu banco de dados, passando a ter esse ônus após uma notificação extrajudicial, sob pena de responder solidariamente ao autor do conteúdo danoso, aqui era adotada uma responsabilidade solidária por omissão.

Nessa teia, segue o entendimento da Ministra Nancy Adrighi:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90.

2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo mediante remuneração, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e

determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omettendo.

7. A iniciativa do provedor de conteúdo de manter em site que hospeda rede social virtual um canal para denúncias é louvável e condiz com a postura esperada na prestação desse tipo de serviço - de manter meios que possibilitem a identificação de cada usuário (e de eventuais abusos por ele praticado) - mas a mera disponibilização da ferramenta não é suficiente. É crucial que haja a efetiva adoção de providências tendentes a apurar e resolver as reclamações formuladas, mantendo o denunciante informado das medidas tomadas, sob pena de se criar apenas uma falsa sensação de segurança e controle.

8. Recurso especial não provido (BRASIL, 2012).

Com o advento do marco Civil da Internet surgiu a necessidade de alteração dos entendimentos da doutrina e da jurisprudência, tendo em vista uma nova postura de responsabilidade adotada.

Inicialmente, o texto legal da lei, em sua Subseção II, artigo 14¹⁶, veda expressamente a guarda de registros de acesso de aplicações na provisão de conexão, onerosa ou gratuita. À Subseção III, artigo 15 ao 17, trata das diretrizes para a guarda de registros de acesso a aplicações de internet na provisão de aplicações, quais são:

Subseção II

Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Conexão

Art. 14. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.

Subseção III

Da Guarda de Registros de Acesso a Aplicações de Internet na Provisão de Aplicações

Art. 15. O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos **deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses**, nos termos do regulamento.

§ 1º Ordem judicial poderá obrigar, por tempo certo, os provedores de aplicações de internet que não estão sujeitos ao disposto no caput a guardarem registros de acesso a aplicações de internet, desde que se trate de registros relativos a fatos específicos em período determinado.

[...]

§ 3º Em qualquer hipótese, a disponibilização ao requerente dos registros de que trata este artigo deverá ser precedida de autorização judicial, conforme disposto na Seção IV deste Capítulo. [...] (grifo próprio).

Em suma, extrai-se do artigo acima mencionado que os registros de acesso de aplicações devem ser mantidos por seus provedores pelo tempo

¹⁶ Art. 14. Na provisão de conexão, onerosa ou gratuita, é vedado guardar os registros de acesso a aplicações de internet.

mínimo de seis meses. Todavia, em exceção à regra, conforme os parágrafos primeiro e terceiro, os registros de acesso de aplicações podem mantidos por um prazo superior ao estabelecido por meio de ordem judicial. Para finalizar tal entendimento, explica Serro (2015, p. 08):

Como forma de assegurar a possibilidade de acesso aos registros por período maior a seis meses, foi inserido no parágrafo segundo do artigo 15 a possibilidade de autoridades policiais ou administrativas, bem como o Ministério Público requerer cautelarmente a qualquer provedor de aplicações de internet que os registros de acesso a aplicações de internet sejam guardados. Esta disposição vem para auxiliar em momentos de investigação e assegurar que os dados necessários ao esclarecimento de determinado ilícito não sejam descartados pelo provedor.

O artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 reza o seguinte:

Art. 19 Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Depreende-se da leitura do art. 19, *caput*, que em tese de responsabilização civil, uma notificação extrajudicial não implica aos provedores o dever de analisar o conteúdo notificado, seu dever de retirada nasce somente após uma ordem judicial específica. Essa sistemática foi adotada como “notificação e retirada”, funcionando como regra geral para os provedores de aplicações que se

tornam responsáveis apenas se descumprir a ordem judicial de retirada de-
mandada, pois o mesmo se omite, e assim, agindo em culpa.

Nesse sentido, afirma Aquino (2016) que a presente responsabilidade civil é subjetiva e judicializada, visto que ele só será responsabilizado civilmente por conteúdo gerado por terceiro, caso desobedeça a uma ordem judicial específica, para tornar indisponível o conteúdo ofensivo, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço.

Ainda, neste tema esclarece Pimentel e Cardoso (2015, p. 57):

[...]em relação aos provedores de aplicações de Internet, o art. 19 adotou a regra da responsabilidade civil, porém “condicionada” à existência de prévia ordem judicial, pois a lei expressamente vedou a censura antecipada aos conteúdos virtuais. A responsabilidade desses provedores é condicionada porque, primeiramente, a LMCI exclui a imputabilidade direta dos provedores de aplicações pela geração instantânea de conteúdos criados por terceiros, ou seja, havendo violação a direito subjetivo, os provedores de aplicações de Internet devem ser cientificados por ordem judicial para procederem à retirada de determinados conteúdos em prazo razoável fixado pelo juiz. Somente serão responsabilizados os provedores de aplicações de Internet que continuarem a disponibilizar os conteúdos vetados pela decisão jurisdicional.

Vale destacar, que alguns autores adotam a possibilidade que através da política de privacidade e termos de uso da respectiva plataforma digital, não haveria proibição para que o provedor retire o conteúdo denunciado. Referente a esta possibilidade, destaca-se o posicionamento de Carlos Affonso Pereira de Souza (2015):

será relevante ponderar as razões que levaram ao bloqueio, filtragem ou remoção espontânea do conteúdo (buscava o provedor evitar danos derivados daquele conteúdo?) com o impacto que a sua implementação gera sobre a liberdade de expressão. Já que gozam de isenção de responsabilidade no caput do artigo 19, com as referidas exceções, devem os provedores tomar o exercício da liberdade de expressão como vetor de suas atividades e apenas tomar medidas para filtrar, bloquear ou remover conteúdos quando, fora das hipóteses previstas em lei, razões muito evidentes assim determinem

Outro ponto relevante referente ao texto legal da lei é que não traz consigo o tempo necessário para a retirada do conteúdo notificado, cabendo apenas ao magistrado através de uma ordem judicial especificando de forma clara e precisa o tempo e conteúdo a ser retirado pelo servidor.

Por conseguinte, é de suma importância aludir o parágrafo primeiro do mencionado artigo, o qual ressalta as diretrizes da determinação judicial, a qual pode incorrer em nulidade.

Atente-se que a lei não exige a indicação do endereço de URL, nem mesmo o menciona, para sua retirada, até por razões óbvias, que existem

conteúdos que não estão disponíveis em meios tradicionais de endereços de internet, podendo ser encontrados em jogos ou aplicativos, bem como a formalidade excessiva do endereço e sua dinamicidade de mudança de plataformas.

Nessa perspectiva, pela *inexigência* da indicação da URL, resta imperioso a jurisprudência dos Tribunais:

O artigo 19, § 1º da Lei 12.965/2014 determina a indicação precisa do conteúdo ofensivo a ser excluído da internet, o que pode ser obtido por outros meios além da indicação das URLs. Assim, havendo elementos suficientes para identificação precisa das publicações a serem retiradas da rede social, deve ser cumprida a ordem judicial (TJMG - Agravo de Instrumento nº 0807534-37.2014.8.13.0000).

O parágrafo segundo do art. 19 do Marco Civil da Internet, atinentes aos direitos autorais, trata-se de uma exceção à regra geral de responsabilidade dos provedores de aplicações, preconizando que a responsabilidade civil por violação de direitos do autor deve ser tratada em lei específica¹⁷, ressaltando as garantias de liberdade de expressão, bem como as demais garantias constitucionais previstas no art. 5º da Constituição Federal.

Respeitando as inovações trazidas pelo Marco Civil, o Ministro Luis Felipe Salomão, não se fundamenta na aplicação da sistemática “notificação e retirada”, entende-se que a responsabilidade do provedor se baseia na responsabilidade civil contributiva e vicária¹⁸ e no regime subjetiva por omissão após ordem judicial específica.

Nesse sentido é o REsp. 1.512.647 – MG87, entendimento do Luis Felipe Salomão:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. REDE SOCIAL. ORKUT. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROVEDOR (ADMINISTRADOR). INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO. ESTRUTURA DA REDE E COMPORTAMENTO DO PROVEDOR QUE NÃO CONTRIBUÍRAM PARA

¹⁷ Lei de Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98)

¹⁸ Vale esclarecer que “**Responsabilidade contributiva**: deve-se provar que o provedor de internet, de forma intencional, induziu ou encorajou terceiros a cometerem ato ilícito utilizando a estrutura da rede oferecida. Ex: a Justiça norte-americana condenou a rede social Napster®, que permitia a troca de músicas entre os seus usuários por entender que estava presente a responsabilidade contributiva da empresa já que ela sabia e incentivava essa troca de músicas mesmo tendo consciência que em sua esmagadora maioria se tratavam de obras protegidas por direitos autorais e que não poderiam ser comercializadas livremente. **Responsabilidade vicária**: a responsabilidade vicária está configurada quando fica provado que o provedor de internet auferia lucros, ainda que indiretos, com os ilícitos praticados, razão pela qual se nega a exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo. O exemplo novamente é o Napster®. A Justiça norte-americana entendeu que os responsáveis pela rede poderiam controlar os compartilhamentos que eram feitos entre os usuários cancelando as contas dos usuários infratores e filtrando os arquivos em seu próprio sistema. Além disso, ficou demonstrado que o Napster® obtinha retorno financeiro com a ilegalidade cometida pelos usuários, uma vez que estes eram atraídos exatamente pela facilidade na obtenção gratuita de obras protegidas por copyright, ao passo que, para o Napster®, havia a possibilidade de anúncios e propagandas patrocinadas dirigidas aos integrantes da rede” (RESPONSABILIDADE, 2015).

A VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS. RESPONSABILIDADES CONTRIBUTIVA E VICÁRIA. NÃO APLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DANOS QUE POSSAM SER EXTRAÍDOS DA CAUSA DE PEDIR. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INDICAÇÃO DE URL'S. NECESSIDADE. APONTAMENTO DOS IP'S. OBRIGAÇÃO DO PROVEDOR. ASTREINTES. VALOR. AJUSTE. 1. Os arts. 102 a 104 da Lei n. 9.610/1998 atribuem responsabilidade civil por violação de direitos autorais a quem fraudulentamente "reproduz, divulga ou de qualquer forma utiliza" obra de titularidade de outrem; a quem "editar obra literária, artística ou científica" ou a quem "vender, expuser a venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem".

2. Em se tratando de provedor de internet comum, como os administradores de rede social, não é óbvia a inserção de sua conduta regular em algum dos verbos constantes nos arts. 102 a 104 da Lei de Direitos Autorais. Há que investigar como e em que medida a estrutura do provedor de internet ou sua conduta culposa ou dolosamente omissiva contribuíram para a violação de direitos autorais.

3. No direito comparado, a responsabilidade civil de provedores de internet por violações de direitos autorais praticadas por terceiros tem sido reconhecida a partir da ideia de responsabilidade contributiva e de responsabilidade vicária, somada à constatação de que a utilização de obra protegida não substanciou o chamado fair use.

4. Reconhece-se a responsabilidade contributiva do provedor de internet, no cenário de violação de propriedade intelectual, nas hipóteses em que há intencional induzimento ou encorajamento para que terceiros cometam diretamente ato ilícito. A responsabilidade vicária tem lugar nos casos em que há lucratividade com ilícitos praticados por outrem e o beneficiado se nega a exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo.

5. No caso em exame, a rede social em questão não tinha como traço fundamental o compartilhamento de obras, prática que poderia ensejar a distribuição ilegal de criações protegidas. Conforme constatado por prova pericial, a arquitetura do Orkut não provia materialmente os usuários com os meios necessários à violação de direitos autorais. O ambiente virtual não constituía suporte essencial à prática de atos ilícitos, como ocorreu nos casos julgados no direito comparado, em que provedores tinham estrutura substancialmente direcionada à violação da propriedade intelectual. Descabe, portanto, a incidência da chamada responsabilidade contributiva.

6. Igualmente, não há nos autos comprovação de ter havido lucratividade com ilícitos praticados por usuários em razão da negativa de o provedor exercer o poder de controle ou de limitação dos danos, quando poderia fazê-lo, do que resulta a impossibilidade de aplicação da chamada teoria da responsabilidade vicária.

7. Ademais, não há danos materiais que possam ser imputados à inércia do provedor de internet, nos termos da causa de pedir. Ato ilícito futuro não pode acarretar ou justificar dano pretérito. Se houve omissão culposa, são os danos resultantes dessa omissão que devem ser recompostos, descabendo o ressarcimento, pela Google, de eventuais prejuízos que a autora já vinha experimentando antes mesmo de proceder à notificação.

8. Quanto à obrigação de fazer - retirada de páginas da rede social indicada -, a parte autora também juntou à inicial outros documentos que contêm, de forma genérica, URLs de comunidades virtuais, sem a indicação precisa do endereço interno das páginas nas quais os atos ilícitos estariam sendo praticados.

Nessas circunstâncias, a jurisprudência da Segunda Seção afasta a obrigação do provedor, nos termos do que ficou decidido na Rcl 5.072/AC, Rel. p/ acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe 4/6/2014.

9. A responsabilidade dos provedores de internet, quanto a conteúdo ilícito veiculado em seus sites, envolve também a indicação dos autores da informação (IPs).

[...]

12. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2015).

No parágrafo terceiro do art. 19 Marco Civil da Internet, o legislador visou estabelecer procedimentos mais simplificados e céleres, haja vista que os litígios que envolvem à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, remoção de conteúdos por provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiros, devem ser apresentadas perante os juizados especiais.

Em seu último parágrafo, foi disposto que as solicitações de remoção de conteúdo poderão ser deferidas, total ou parcialmente, por meio de antecipação de tutela pretendida à exordial, fazendo uma clara referência ao art. 300 do CPC/15 para tal antecipação, ao determinar que deve haver a prova inequívoca do fato, a verossimilhança da alegação do autor e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Ainda, é preconizado em seu final de linha a superioridade do interesse da coletividade sobre o individual, tendo em vista que deve ser analisado se o conteúdo disponível tem interesse público ou não.

Seguindo em frente, o art. 20, *caput*, trata do dever de comunicar, pelo provedor de aplicações, as razões e fundamentos que a retirada do conteúdo a remoção ao terceiro que teve seu conteúdo retirado. Segue a transcrição do artigo mencionado:

Art. 20. Sempre que tiver informações de contato do usuário diretamente responsável pelo conteúdo a que se refere o art. 19, caberá ao provedor de aplicações de internet comunicar-lhe os motivos e informações relativos à indisponibilização de conteúdo, com informações que permitam o contraditório e a ampla defesa em juízo, salvo expressa previsão legal ou expressa determinação judicial fundamentada em contrário.

Parágrafo único. Quando solicitado pelo usuário que disponibilizou o conteúdo tornado indisponível, o provedor de aplicações de internet que exerce essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos substituirá o conteúdo tornado indisponível pela motivação ou pela ordem judicial que deu fundamento à indisponibilização.

Nesse meio, o parágrafo único abre uma exceção ao próprio artigo ao autorizar que o usuário, responsável pelo conteúdo danoso, que substitua o material tornado indisponível, por esclarecimentos e explicações de sua retirada.

A última exceção à sistemática de “notificação e retirada” adotada pelo art. 19 da Lei nº 12.965/14, está disposta no artigo 21, o qual estabelece que os conteúdos disponibilizados envolvendo sexo e nudez, adulto ou não, devem ser retirados através de simples requisição extrajudicial da vítima ou representante legal.

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

No tocante ao seu *caput*, pretende o legislador combater uma prática comum à internet o intitulada como *revenge porn* ou pornografia de vingança, a qual consiste divulgação sem autorização da vítima de fotos, ou principalmente, vídeos de conteúdos sexuais explícitos, com objetivo de prejudicar a imagem, honra e intimidade pessoal da vítima.

Chiara Spadaccini de Teffé (2017) esclarece sobre este tema:

normalmente ocorre quando alguém divulga em sites, aplicativos ou e-mails imagens (fotos e/ou vídeos) com cenas íntimas, com nudez ou prática de ato sexual (que foram registradas ou enviadas em contextos de confiança e sigilo) sem o consentimento de pelo menos uma das pessoas retratadas, sujeitando-a a situações de exposição, vulnerabilidade e constrangimento. O objetivo dessa prática é colocar a pessoa em situação constrangedora diante de amigos, da família, de colegas de trabalho ou mesmo de um grupo indeterminado de pessoas. Em regra, o intuito do ofensor é vingar-se de alguém que feriu seus sentimentos ou terminou um relacionamento.

Ainda, Souza (2014) leciona que:

O artigo 21 cria um regime de responsabilização distinto daquele geral, presente no artigo 19, ao prever a responsabilidade do provedor de aplicações caso o mesmo não retire o conteúdo impugnado do ar. É importante destacar que o artigo possui uma série de condicionantes para essa responsabilização que ainda carecem de maior experimentação na jurisprudência brasileira. Especial destaque deve ser dado à parte final do caput que vincula a responsabilização do provedor à comprovação de que o mesmo tenha agido de modo a “deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo”

Na situação fática prevista pelo artigo 21 do Marco Civil da Internet, a responsabilidade civil do provedor nasce a partir da notificação extrajudicial do sujeito adequado, a vítima do conteúdo exposto ou seu representante legal, a fim de tornar mais célere a retirada do material danoso.

Vale ressaltar que o parágrafo único do art. 21 traz alguns elementos relativos à como essa notificação deve ocorrer, sob pena de nulidade: (i) a identificação específica do material, isto é, apresentação das URLs pela vítima, como defende o STJ; e (ii) a verificação da legitimidade para apresentação do pedido. Uma questão que se apresenta a essa dinâmica é no caso de reinserção do material danoso, a vítima, ao invés de entrar com nova ação, poderia dialogar diretamente com o provedor para solicitar a nova retirada de material violador de sua intimidade, uma vez que já há uma ordem judicial específica.

Em seu parágrafo único é elencada necessidade de informar, sob pena de nulidade, de forma descritiva e específico do conteúdo inserido, bem como a averiguação da legitimidade para a apresentação da notificação de retirada.

No que atine à identificação e rastreamento do ofensor, conforme previsto no início deste tópico, disposto nos arts. 15 a 17 do Marco Civil da Internet, o provedor de aplicações de internet deverá realizara a guarda de dados e registros dos usuários.

Sobre a investigação de autoria, vale ressaltar, conforme Pinheiro (2016, 386) as informações ligadas aos logarítmos de conexão e de navegação só poderão ser expostas mediante determinação judicial, conforme reza os arts. 22 e 23 da mesma lei. Um claro intuito do Marco Civil em preservar a privacidade dos usuários e evitar a coleta irregular de dados pessoais que, eventualmente, poderiam acarretar a criação de novos danos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Motivada pela corrida armamentista, não há dúvidas que a evolução tecnológica nos meios de comunicação trouxe à sociedade contemporânea enormes criações e mudanças positivas ligadas ao seu cotidiano. A internet, criada inicialmente para fins militares, é a grande responsável pela diminuição das barreiras de comunicação entre pessoas, através de um terminal de computador, torna-se capaz de se comunicar com qualquer pessoa em tempo real ao redor do mundo, compartilhando o seu direito e liberdade de expressão expondo ideias, convicções e opiniões.

A partir dessa expansão explosiva, nasceu a necessidade de o ordenamento jurídico brasileiro legalizar os conflitos originados a partir das inovações nos meios digitais de comunicação, com a finalidade de construir princípios, deveres e obrigações provenientes do uso da Internet no Brasil. A Lei 12.965/2014,

ou Marco Civil da Internet, veio com esse intuito, lecionando pressupostos e espécies, definindo sobre os tipos de provedores de internet, bem como sua forma de responsabilidade civil.

Nesse sentido, este artigo buscou sintetizar a responsabilidade civil dos provedores de aplicação aos termos da Lei 12.965/2014, conhecido como Marco Civil da Internet. Para isso, foi analisado, brevemente, os tópicos mais importantes sobre o desenvolvimento histórico da internet e responsabilidade civil brasileira, esta última que em tempos antigos já foi atrelada à violência para que ocorresse a compensação pelo dano sofrido à vítima, a Lei de Talião. Todo conceito utilizado foi trazido pela própria lei, trazendo de forma subsidiária, alguns conceitos trazidos do campo da tecnologia da informação, explicitando as diferenças técnicas pertinentes aos provedores de conexão e aplicações.

No intuito de evitar um sistema de censura prévia provocada pelos usuários, adotou-se um modelo de notificação de retirada, assim defendendo, a liberdade de expressão e privacidade propagada na internet. Considerando-se o Poder Judiciário como verdadeiro legitimado para dirimir todas e quaisquer conflitos, materiais ou processuais, advindas do Marco Civil da Internet.

A responsabilidade dos provedores de aplicação, prevista no Marco Civil da Internet, ocorre apenas nos casos em que não for cumprida a ordem judicial que determina a retirada do conteúdo solicitado pela vítima ou, também, nos casos em que não for atendida a solicitação da vítima ou seu representante legal em casos de nudez ou cenas de atos sexuais. Anteriormente à Lei 12.965/2014, as decisões proferidas pelos tribunais já possuíam o entendimento objetivado pela própria lei, demonstrando assim, que a responsabilidade inserida ao Marco Civil da Internet atendia as pretensões dos casos submetidos à julgamento.

Para finalizar a temática pesquisada, a Lei 12.965/2014, considerando a sua vigência ainda de apenas cinco anos, deve ter o seu amadurecimento acompanhado por meio das análises críticas atinentes as aplicações e interpretações doutrinárias e jurisprudenciais referente aos conflitos gerados no ambiente de responsabilização civil dos provedores e usuários de internet.

Cabe uma ressalva final que o artigo não se pretende exaustivo, conclusivo ou definitivo sobre o tema, configurando-se tanto mais quanto uma proposta de reflexão e atualização das discussões sobre a responsabilidade civil em uma época de revisão dos marcos jurídicos e da teoria jurídica sobre os fenômenos virtuais. Assim, o presente artigo se coloca como proposta de debate no meio acadêmico para que se oportunizem mais debates no sentido de que o direito e o mundo virtual possam dialogar tornando o espaço digital seguro para o usuário e os direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Nick Richard Freitas. Antinomia jurídica entre o Marco Civil da Internet e o Código de Defesa do Consumidor em matéria de Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações de Internet. **Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <<http://nickrichardfaquino.jusbrasil.com.br/artigos/232516149/antinomia-juridica-entre-o-marco-civil-da-internet-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor-em-materia-de-responsabilidade-civil-dos-provedores-de-aplicacoes-de-internet>>. Acesso em 16 set. 2019

ARPANET. In: **WIKIPÉDIA**, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/ARPANET>>. Acesso em: 3 set. 2019.

BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil - CGL.br. **Resolução CGL.br/RES/2009/003/P** - Princípios para a governança e uso da internet no Brasil. 2009. Disponível em: <<https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003>>. Acesso em 03 out. 2019.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em 03 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 08 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 08 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Senado Federal, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 08 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**: institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 03 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**: dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 03 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998**. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em 15 de jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.308.830 - RS**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília (DF), 09 de junho de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102574345&dt_publicacao=19/06/2012>. Acesso em 03 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.512.647 - MG**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília (DF), 05 de agosto de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301628832&dt_publicacao=05/08/2015>. Acesso em 15 out. 2019.

CAPANEMA, W. A. A responsabilidade Civil na Internet: Uma Análise da Lei 12.965/2014. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 78, p. 107-123, jan./abr. de 2017. Disponível

em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista78/revista78_107.pdf>. Acesso em 08 out. 2019.

CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 6.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, M.. **A galáxia da Internet**: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2003

DINIZ, M.H. **Responsabilidade civil**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERRARI, Pollyana. **Jornalismo Digital**. São Paulo – SP: Editora Contexto, 3a Ed, 1ª reimpressão, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil Vol. 4.— 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HISTÓRIA DA WORLD WIDE WEB. In: **WIKIPÉDIA**, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_World_Wide_Web>. Acesso em: 21 abr. 2019

LEMO, R. O Marco Civil como Símbolo do Desejo por Inovação no Brasil. In: LEITE, G. S.; LEMOS, R. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet. Coordenadas fundamentais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2592, 6 ago. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17128/responsabilidade-civil-dos-provedores-de-servicos-de-internet>>. Acesso em 04 set. 2019.

MILNET. In: **WIKIPÉDIA**, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/MILNET>. Acesso em: 19 abr. 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações** Vol. I. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz Cardoso. A Regulamentação Do Direito Ao Esquecimento Na Lei Do Marco Civil Da Internet E A Problemática Da Responsabilidade Civil Dos Provedores. **Revista da AJURIS** – v. 42 – n. 137. Março 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376>>. Acesso em 15 set. 2019.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 386.

PINHO, J. B. **Jornalismo na Internet**: planejamento e produção da informação on-line. São Paulo: Summus, 2003.

RESPONSABILIDADE civil dos administradores de rede social por violação de direito autoral causada por seus usuários, 22 de setembro de 2015. **Dizer o Direito**. (Atualizações). 2015. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2015/09/responsabilidade-civil-dos.html>>. Acesso em 10 out. 2019.

SENADO FEDERAL. Marco Civil da Internet foi reação brasileira a denúncias de Snowden. **Revista Em Discussão (Espionagem Cibernética)** nº 21, julho de 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/espionagem-cibernetica/propostas-senadores-querem-inteligencia-forte/marco-civil-da-internet-foi-reacao-brasileira-a-denuncias-de-snowden>>. Acesso em 16 out. 2019.

SERRO, Bruna Manhago. Da Responsabilidade Civil dos Provedores de Aplicações frente Lei 12.965/94: Análise Doutrinária e Jurisprudencial. In: **Anais do Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. Maio 2015**. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-3.pdf>>. Acesso em 12 set. 2019.

SOUZA, C. A. P. D. Responsabilidade civil dos provedores de acesso e de aplicações de Internet: evolução jurisprudencial e os impactos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). In: LEITE, G. S.; LEMOS, R. **Marco Civil da Internet**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 791-816.

SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. As cinco faces da proteção à liberdade de expressão no Marco Civil da Internet. In: Newton De Lucca; Adalberto Simão Filho; Cíntia Rosa Pereira de Lima. **Direito & Internet III** – Tomo II: Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SPUTNIK. In: **WIKIPÉDIA**, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2019. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Sputnik>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Pornografia de Vingança: como se proteger?, 05 de abril de 2017. In: **ITS FEED** (Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio – ITS Rio). 2017. Disponível em: <<https://feed.itsrio.org/pornografia-de-vingan%C3%A7a-como-se-proteger-eb16307b426>>. Acesso em: 16 out. 2019.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Responsabilidade Civil**. V. 04. 3º Ed. São Paulo. Atlas, 2003.

LIBERDADE INDIVIDUAL DO EMPREGADO E PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR: CABELO COMO EXPRESSÃO IDENTITÁRIA

JEOVANA LIMA GAVILAN¹
GUILHERME OLIVEIRA SILVA²

1 INTRODUÇÃO

O Direito, como ramo do conhecimento humano que busca tutelar e reger as relações humanas em sociedade, encontra-se cotidianamente frente a novos desafios devido às constantes mudanças do mundo moderno. As relações sociais são sempre complexas e, igualmente, encontram-se em constante transformação e demandam novas respostas e tutelas.

Cumprir refletir sobre a dimensão da proteção jurídica quando o tema em análise é a tutela de grupos minoritários, como negros, mulheres, população LGBT*, povos indígenas entre outros³. Sobre tais temáticas tratam o Direito Constitucional, os Direitos Humanos e outros ramos jurídicos especializados que também passam a contribuir com o debate. A discriminação no ambiente de trabalho, por exemplo, se encontra como ponto de intersecção entre vários ramos do Direito, recebendo (e merecendo) um olhar inter/trans/pós-disciplinar.

A necessidade de adaptação dos sujeitos às diversas exigências que a sociedade impõe tornou-se um dos requisitos para se conseguir emprego atualmente. Entretanto, tal adequação acaba por traduzir-se, cotidianamente, em

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (PPGFDH/UFGD). Advogada. Bacharela em Direito pela mesma Instituição (FADIR/UFGD). E-mail: jeovanagavilan@gmail.com.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (PPGFDH/UFGD). Advogado. Bacharel em Direito (FADIR/UFGD). E-mail: guigoliveiras@gmail.com.

³ Cabe apenas a observação que quando o presente trabalho se refere a minorias não está a significar minoria numérica e sim política (ou que tem acesso à espaços de poder).

modos de marginalização e preconceito, atingindo principalmente os grupos minoritários acima mencionados, refletindo a falta de concretização de direitos abstratamente garantidos.

Diante dessa realidade, a presente pesquisa parte da premissa de que é evidente a corriqueira ocorrência de manifestações preconceituosas no ambiente trabalhista, e toma como alvo a concepção da necessidade de se *analisar as ocasionais interferências do poder diretivo do empregador sobre a dignidade do empregado*, especificamente sobre a identidade étnica e cultural manifestada através do cabelo deste.

A questão central que se pretende discutir diz respeito à importância da imposição de limitações ao poder diretivo do empregador como forma de garantir o direito à identidade étnica e cultural do empregado, principalmente aquela representada pelos fios capilares.

O *objeto* desta pesquisa, portanto, constitui-se na relação entre a identidade, dignidade e os Direitos Humanos do empregado frente ao poder diretivo do empregador, delimitando a área de estudo à questão do cabelo como forma de expressão étnica e cultural.

Trata-se de pesquisa básica, qualitativa, bibliográfica, exploratória, sob o método de abordagem indutivo e ótica multidisciplinar com ênfase nas Ciências Sociais Aplicadas (área do Direito) e Ciências Humanas (área da Sociologia).

É de se notar a escassa bibliografia voltada para o preconceito étnico e cultural através de um olhar jurídico trabalhista-constitucional, motivo especial pelo qual se espera que o presente trabalho possa contribuir para a sociedade e futuras análises de semelhante viés, concebendo o trabalhador como indivíduo detentor de direitos que devem ser concretamente respeitados.

2 O CONTRATO DE TRABALHO, A RELAÇÃO DE EMPREGO E O PODER DIRETIVO TRABALHISTA

A compreensão sobre a discriminação estética perpassa necessariamente pela compreensão dos limites existentes na relação de subordinação entre empregados e empregadores. Obedecer a ordens, vestir-se e portar-se conforme orientam as diretrizes da empresa são, exemplificativamente, limitações/exigências justificáveis, em princípio, por fazerem parte do poder diretivo do empregador (poder conferido por força do contrato de trabalho).

Ao passo que existem diversas formas de manifestação do referido poder de direção, igualmente há diferentes limitações legais que restringem as possibilidades de exigências, pois, neste contexto, não só estão presentes as funções de comandar, organizar, fiscalizar e controlar, mas também os direitos e garantias individuais do empregado.

2.1 Conceito de contrato de trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto Lei n.º 5.452/43) conceitua “contrato de trabalho” especificamente em seu artigo 442, sendo este considerado dispositivo legal raso por alguns doutrinadores (CAIRO JR., 2016; BARROS, 2016), pois confunde *contrato* com *relação de emprego*, contrariamente à corrente que entendem não serem correspondentes, mas sim que o contrato de trabalho *cria* a relação de emprego.

A interpretação do dispositivo citado apresenta divergências, considerando que a doutrina não é uníssona quanto ao fato de tal conceito se referir a contrato necessariamente individual ou se também legitimaria o contrato coletivo, ou seja, se seria possível contrato de equipe (ALELUIA, 2015).

Aleluia (2015, p. 211-212) enumera três correntes conceituais: a primeira é adotada por Mauricio Godinho Delgado, a qual prega que o “contrato de equipe é a pluralidade de contratos individuais, de tal forma que existem vários contratos autônomos entre si, cuja maior característica é o serviço em coletividade.” A segunda corrente, defendida por Alice Monteiro de Barros, entende que o “contrato de equipe é sinônimo de contrato coletivo, mas com conceito diverso. As individualidades, se não desaparecem, aglutinam-se (vários contratos individuais unidos por uma causa comum).” Nota-se que essa segunda corrente se aproxima do entendimento da primeira, defendida por Godinho, pois ambas consideram que o contrato de equipe é, resumidamente, a união de contratos individuais.

Já a terceira e última corrente apontada por Thais Mendonça Aleluia é exposta por Orlando Gomes e Elson Gottschalk, segundo a qual o contrato de equipe:

[...] não é contrato plúrimo, pois este consiste em uma reunião de contratos individuais, sem unidade de interesse jurídico. O contrato de equipe, por outro lado, é um negócio jurídico único, com interesse jurídico único. De um lado há um empregador e do outro lado há a universalidade, o conjunto dos empregados. (ALELUIA, 2015, p. 212)

Assim sendo, há divergências relacionadas ao entendimento do dispositivo citado, considerando que a doutrina diverge se tal conceito se refere a contrato necessariamente individual ou também legitima o contrato coletivo, ou seja, se é possível contrato de equipe (ALELUIA, 2015).

Considerando o exposto, há a sugestão de se extrair o conceito legal de contrato de trabalho através das disposições dos artigos 2º e 3º, da CLT (CAIRO JR., 2016), que estabelecem, respectivamente, o conceito de empregador e de empregado, considerando-se que o contrato de trabalho trata-se do chamado

contrato de emprego, individual. Arnaldo Sussekind, por exemplo, utiliza-se desse meio para apresentar o conceito referido, conforme transcreve-se a seguir:

No Brasil, tendo em conta o disposto nos arts. 2.º e 3.º, da CLT, o contrato individual de trabalho pode ser definido como o negócio jurídico em virtude do qual um trabalhador obriga-se a prestar pessoalmente serviços não eventuais a uma pessoa física ou jurídica, subordinado ao seu poder de comando, dele recebendo os salários ajustados. (SUSSEKIND, 2002, p. 209).

Já o conceito de contrato de trabalho proposto pela doutrinadora Alice Monteiro de Barros é o seguinte:

[...] é o acordo expresso (escrito ou verbal) ou tácito firmado entre uma pessoa física (empregado) e outra pessoa física, jurídica ou entidade (empregador), por meio do qual o primeiro se compromete a executar, pessoalmente, em favor do segundo, um serviço de natureza não eventual, mediante salário e subordinação jurídica. (BARROS, 2016, p. 157).

É possível perceber que a conceituação do referido instituto (contrato de trabalho) é polêmica devido à falta de esclarecimentos pelo artigo 442 da CLT, havendo diferentes correntes quanto à interpretação dele.

2.2 Sujeitos e características do contrato de trabalho

Os sujeitos que compõe a relação contratual de trabalho são o empregador e o empregado, conforme explicita a própria CLT especificamente em seus artigos 2º e 3º.

Quanto ao empregado, seu conceito está expresso no artigo 3º da CLT, do qual é possível extrair *quatro requisitos* para a caracterização deste sujeito: *pessoa física (natural)*, *não eventual (prestação contínua)*, *subordinado juridicamente (dependência)* e *onerosidade (mediante salário)*.

Já o artigo 2º do mesmo Códex nos permite encontrar ainda outros dois requisitos, quais sejam a *alteridade* (risco da atividade econômica pertence única e exclusivamente ao empregador) e a *pessoalidade* (o serviço deve ser prestado pelo próprio empregado, *intuitu personae*).

Por sua vez, quanto ao conceito de empregador, encontra-se expresso no artigo 2º, *caput* e §1º, da CLT, que define o empregador, em outras palavras, como “pessoa que remunera e dirige a prestação de serviços do obreiro.” (CAIRO JR., 2016, p. 393).

Renato Saraiva e Souto (2016, p. 76) escrevem que empregador é “a pessoa física ou jurídica que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”. Assim, o empregador é o

sujeito que toma os serviços do empregado, contratando este de forma pessoal, não eventual, subordinada e mediante remuneração (art. 3º, *caput*, CLT).

Contudo, o conceito descrito no citado artigo 2º é, conforme expõe Alice Monteiro de Barros, criticado pela doutrina, uma vez que iguala o empregador à empresa, “a qual não é sujeito de direito, salvo a empresa pública, por força do Decreto-Lei n. 200”. A autora destaca que há “quem refute essa crítica, dizendo que, quando o legislador considera empregador a empresa, não está subjetivando-a”, mas sim “esclarecendo que o empregado, ao contratar os seus serviços, não o faz com a pessoa física do empregador, por ser efêmera, mas com o organismo duradouro que é a empresa.” (BARROS, 2016, p. 249).

Aleluia (2015, p. 173) entende ser defeituosa a menção contida no artigo acima transcrito, qual seja a equiparação do empregador à empresa. Dessa forma, tal doutrinadora figura entre os doutrinadores que tecem críticas ao dispositivo pelo motivo acima explanado, pois “quem celebra contrato de trabalho não é empresa e sim a pessoa física ou jurídica, que desenvolve a empresa.”

Um traço importantíssimo para o estudo em questão é a detenção, pelo empregador, do chamado *poder diretivo*, do qual derivam os poderes de comando, de organização, de fiscalização e disciplinar (CAIRO JÚNIOR, 2016, p. 394).

Importa salientar, ainda, que há clara diferença nas posições em que ocupam o empregado e o empregador, sendo que tal contraposição não só se dá pela desigualdade econômica que geralmente há entre ambos, mas também pelo fato de que, considerando a necessidade de inclusão no mercado de trabalho, diversas vezes o trabalhador subordina-se a condições que extrapolam o meio profissional. Analisando tal situação, é possível crer que a contínua necessidade de aceleramento para dispor o produto final ao consumidor, causada pela “cultura de consumo” (FONTENELLE, 2010, p. 216) nas sociedades capitalistas, pode gerar exclusão dos empregados que não têm interesse ou não possuem condições de se submeter a tais cobranças, como a necessidade de aprimoramento dos saberes.

2.3 A essencialidade da subordinação para caracterização do contrato de trabalho

A presença da subordinação é imprescindível para a relação de emprego, além da comunhão de todos os requisitos acima tratados (ALELUIA, 2015), quais sejam: pessoa física (natural), não eventualidade (prestação contínua), onerosidade (mediante salário), alteridade e pessoalidade (*intuitu personae*). Destarte, a subordinação é o elemento que “ganha maior proeminência na conformação do tipo legal da relação empregatícia”, além de ser elemento principal para diferenciação entre a relação de emprego e o trabalho autônomo (DELGADO, 2015, p. 310).

Em detida análise acerca da subordinação como elemento do contrato de trabalho, Estêvão dispôs que, dentre os caracteres de tal tipo contratual, eis o de mais importância, afirmando que “em torno dele é que se constrói, no fundo, o próprio Direito do Trabalho. É ele, outrossim, que delimita as principais fronteiras de aplicação da legislação trabalhista.” Ademais, “o conceito de subordinação [...], a despeito de sua importância, é também o mais complexo dos elementos do contrato de trabalho a identificar. [...] trata-se, como escreve Mario Grandi, de conceito verdadeiramente enigmático.” (MALLET, 2012, p. 219).

Amauri Mascaro Nascimento (1989, p. 103) conceitua subordinação como sendo “situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará.”

Thais Mendonça Aleluia (2015, p. 65) traz em sua obra que “na balança da relação de emprego, o empregador detém o poder diretivo e o empregado tem subordinação. Sem embargos, um manda e o outro obedece.” (grifo nosso).

Maurício Godinho Delgado (2015, p. 311) conceitua subordinação como sendo “situação jurídica derivada do contrato de trabalho” – entendimento o qual predomina na doutrina –, partindo do pressuposto de que a relação de emprego é distinta de outras formas de utilização de trabalho humano para a produção e acumulação, tais como a escravidão e servidão.

Entretanto, deve-se refletir: poderia o trabalhador renunciar à privacidade pessoal e submeter-se às sanções que ultrapassam o ambiente de trabalho? Caso as atividades “extraprofissionais” ou condições pessoais interfiram na atividade contratada pelo empregador, este pode utilizar-se de sua posição de superioridade para condicionar a perpetuação do emprego à alteração nas características íntimas do empregado?

Conforme acima explanado, Maurício Godinho Delgado (2015, p. 312) explica que a natureza jurídica da subordinação está, atualmente, pacificada pela teoria justtrabalhista, visto que se classifica como “fenômeno jurídico derivado do contrato estabelecido entre trabalhador e tomador de serviços, pelo qual o primeiro acolhe o direcionamento objetivo do segundo sobre a forma de efetuação da prestação do trabalho.”

Destarte, nota-se que já houve divergências quanto ao conceito do elemento comentado, podendo ser observada, basicamente, a existência de três critérios para tanto: subordinação técnica, subordinação econômica e subordinação jurídica. Na presente pesquisa, aplica-se ênfase à subordinação jurídica.

Cabe aqui uma problematização necessária. A relação de trabalho envolve significados e significações sobre a subordinação junto ao capital (na dicotomia classe trabalhadora e classe detentora dos meios de produção) que, em muitas das vezes, repete a velha fórmula da subordinação pessoal como a vigente

no escravismo e servidão, por exemplo. A História apresenta a realidade que a industrialização passou uma imagem pseudodemocrática de acesso ao mercado de trabalho e, conseqüentemente, aos bens de consumo. Na realidade não há inclusão, ela é eminentemente excludente, que privilegia o homem branco e cisgênero nos postos de trabalho melhor remunerados e/ou que envolvem gestão e direção. Aos outros (especialmente mulheres e negras) cabem trabalhos subalternos e vistos como de “pouca importância”.

2.4. O poder diretivo do empregador

Thais Mendonça Aleluia (2015, p. 76) explica que, em decorrência direta da subordinação, surge ao empregado o dever de obediência. Tal “dever de obediência, por sua vez, faz nascer para o empregador o poder de direção”, que pode ser organizado em: poder diretivo, poder de organização ou estrutural, poder de fiscalização ou controle e poder disciplinar ou sancionador.

De maneira resumida, tal poder “constitui-se em um conjunto de prerrogativas do empregador, que decorre do contrato de trabalho, por meio do qual é possível ao empregador organizar, controlar, disciplinar a prestação do trabalho de seus empregados.” (NASCIMENTO; NUNES, 2015, p. 21).

Qualquer mandamento diretivo que colocar em risco a vida, a integridade física, psicológica ou moral do trabalhador (mesmo subordinado) se encontra à margem da legitimidade conferida pelo contrato de trabalho sobre esse poder.

2.5 Contrapartida ao poder diretivo: limitações à direção

Em que pese a existência do poder diretivo com suas divisões citadas acima, eis que, para proteção de direitos e garantias dos trabalhadores, o mesmo deve sofrer limitações. Esta circunstância demonstra-se extremamente necessária, principalmente considerando que “a liberdade pressupõe o empoderamento da sociedade e dos indivíduos” (DEMCHUK, 2016), ou seja, é importante que se regulem limites ao poder do qual é investido o empregador, principalmente pelo fato de ser ele hierarquicamente superior.

Dentre as restrições que recaem sobre tal poder do empregador, estão os direitos fundamentais, os quais foram ampliados com a promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1998 (CRFB/88) (CUNHA JÚNIOR, 2017), sendo exemplos: direito à vida, à liberdade, à liberdade de expressão, direitos sociais, econômicos e culturais, dentre outros (LFG, 2017).

Além disso, “o exercício do poder diretivo também sofre limitações das seguintes origens: matéria, tempo e lugar, lei, normas coletivas, regulamento interno e contrato de trabalho.” (OLIVEIRA NASCIMENTO, 2008, p. 95).

Márcio Túlio Viana as limitações ao poder diretivo do empregador têm, principalmente, natureza constitucional, previstas no artigo 5 da Constituição Federal de 1988, razão pela qual **não pode o empregador, em relação ao seu empregado: discriminá-lo (inc. I e VIII); obrigá-lo a fazer ou não fazer algo não previsto em lei (inc. II), submetê-lo a tratamento desumano ou degradante (inc. III); provocar-lhe dano material, moral ou à sua imagem; violar sua liberdade de consciência ou de crença (inc. VI); violar sua intimidade ou sua vida privada (inc. X); obrigá-lo a associar-se ou impedi-lo de fazê-lo (inc. XVI, XVII e XX), obstar o seu acesso à justiça (inc. XXXIV e XXXV), privá-lo de sua liberdade ou de seus bens (inc. LIV), dentre outros.** [Márcio Túlio Viana] Destaca, ainda, que a Carta de 1988, em seus artigos 7º a 9º, sujeitam o empregador a uma série de obrigações positivas e negativas, tais como, pagar salário mínimo e não discriminar pessoas portadoras de deficiência. (OLIVEIRA NASCIMENTO, 2008, p. 96, grifo nosso).

É essencial compreender que o legislador constituinte assegurou amplamente o direito à intimidade e à vida privada, prevendo, ainda, diversos princípios como o da dignidade da pessoa humana e igualdade.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IDENTIDADE CULTURAL

Os direitos fundamentais firmam-se sobre, dentre outros, o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo relevante notar que a proteção da dignidade possui conexão com os direitos dos trabalhadores, como, por exemplo, no que diz respeito aos direitos à vida privada, imagem, honra, bem como à identidade cultural.

A identidade cultural, portanto, está intimamente relacionada à *garantia da dignidade*, posto que a ausência desta última (principalmente devido às gritantes desigualdades existentes) dá origem a óbices que dificultam a criação daquela.

Quando se fala em *dignidade humana* se está, necessariamente, a falar de identidade, visto que a dignidade só se consolida quando são respeitados os direitos de personalidade do indivíduo (além de outras nuances de sua personalidade) que alcançam elementos sociais e culturais de sua formação.

O direito à dignidade “assume relevo como *valor supremo* de toda sociedade para o qual se reconduzem todos os direitos fundamentais da pessoa humana”, posto que se trata de um dos “princípios fundamentais” do Estado brasileiro (art. 1º, III, CRFB/88). Ela é uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais” assegurados à pessoa (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 483).

Através dos objetivos previstos em seu artigo 3º, “a Constituição [Federal brasileira] impõe ao Estado a construção e organização de uma sociedade fraterna onde as pessoas possam, *com iguais oportunidades*, desenvolver as suas

potencialidades e gozar dos mesmos bens materiais e espirituais, sem qualquer tipo de preconceito, seja de quem for.” (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 484).

Além disso, muitas vezes, apesar da igualdade de capacidade para o trabalho, pessoas são tratadas de maneira desigual devido à sua etnia, credo ou até mesmo aspectos físicos, como obesidade e tipo de cabelo, por exemplo. Como visto acima, a *dignidade da pessoa humana* pode ser conceituada, resumidamente, como uma característica intrínseca de todo ser humano, que distingue uns dos outros, mas que faz com que todos mereçam igual respeito e consideração tanto por parte do Estado, quanto da sociedade em geral, de maneira que, a atitude de desqualificar alguém por característica externa se traduz em atitude que viola esse preceito.

3.1 A identidade cultural no contexto dos direitos fundamentais

Assim sendo, a identidade é formada e transformada por representações da sociedade em que o indivíduo se encontra. O local de vivência dos seres cria “sentidos que influenciam e organizam tanto as ações quanto as concepções que temos de nós mesmos.” (MIRANDA, 2000, p. 82). Na medida em que o meio sofre alterações, possível é a mudança na identidade dos indivíduos que vivem nele. Assim refletem Maria Chalfin Coutinho, Edite Krawulski e Dulce Helena Penna Soares:

As transformações sociais provocam mudanças também nas identidades pessoais, ao desestabilizar a ideia de si próprio como sujeito integrado, fazendo-o perder a estabilidade do sentido de si mesmo (Hall, 2001). Nessa perspectiva, o conceito é compreendido como uma construção histórica e cultural, de forma não essencializada, uma vez que:

[...]Os teóricos culturalistas apontam a centralidade da cultura na constituição da subjetividade, da própria identidade e da pessoa como um ator social. O foco na cultura, como componente das identidades e dos processos de subjetivação, gera uma compreensão de identidade como algo múltiplo, instável e dependente da adesão a grupos, afirmando uma identidade coletiva e não mais como uma realização individual. Segundo esta perspectiva, a cultura é pensada no domínio simbólico, na produção de significações, constituindo visões de mundo que, neste processo, constituem também posições-de-sujeito (Bernardes & Hoenisch, 2003). Para estes autores, o conceito de subjetividade pode ser associado ao de identidade:

... subjetividade não é o ser, mas os modos de ser, não é a essência do ser ou da universalidade de uma condição, não se trata de estados da alma, mas uma produção tributária do social, da cultura, de qualquer elemento que de algum modo crie possibilidades de um 'si', de uma 'consciência de si', sempre provisória... São modos pelo qual o sujeito se observa e se reconhece como um lugar de saber e de produção de verdade (p. 117).

Dentro da mesma perspectiva teórica, Woodward (2004) reitera a concepção de que o termo identidade só se torna possível se pensado em relação à diferença, ou seja, tomado relacionalmente, de modo que só apreendemos um

conceito a partir do outro. Com relação a esse aspecto, Silva (2004) argumenta que a diferença não é produto da identidade, mas tanto uma quanto a outra resultam de um processo de inclusão e exclusão:

A identidade e a diferença se traduzem, assim, em declarações sobre quem pertence e sobre quem não pertence, sobre quem está incluído e quem está excluído. Afirmar a identidade significa demarcar fronteiras, significa fazer distinções entre o que fica dentro e o que fica fora (Silva, 2004, p. 82).

A relação entre subjetividade e identidade também é apresentada por Santos (2001). Para o autor, a subjetividade é o nome pós-moderno da identidade, uma vez que é por meio da primeira que a última se manifesta. (CHALFIN COUTINHO; KRAWULSKI; PENNA SOARES, 2007, p. 30-31).

Especificamente com relação ao Brasil, percebe-se uma *imensa diversidade de etnias causada, principalmente, pelos movimentos migratórios, além de haver grande miscigenação (mestiçagem) de povos*, havendo, inclusive, discussões acerca da chamada “identidade nacional” (PINHO, 2004; MUNANGA, 2006).

Caracterizado como uma sociedade híbrida, o Brasil colonial parece ter sido favorecido por um ambiente de “quase reciprocidade cultural”. [Gilberto] Freyre [...] atribui ao negro a participação fundamental na formação da alma nacional. O trecho é muito citado, mas vale a pena revê-lo: **“Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo [...] a sombra ou pelo menos a pinta do indígena ou do negro.”** (PINHO, 2004, p. 97, grifo nosso).

Além do mais, considerando as influências do meio externo, pode-se afirmar que a identidade muitas vezes é manipulada, uma vez que se criam padrões do que seria aceitável em determinada cultura. Para isso, *há quem sujeite suas raízes em prol de incluir-se com o meio em que vive*. Assim explica Coutinho:

A ideia do sistema de mercado como um meio de sustentação da sociedade é recente e marca, outrossim, a passagem da constituição do sujeito em identificação narcísica. Note-se, segundo Contardo Calligaris, que **o sujeito se constitui ou mediante identificações simbólicas, através de valores, obrigações e tradições advindas de sua cultura, ou por identificação narcísica, assumindo uma imagem que satisfaz aos outros, ora ditada pela via do mercado. Recusando o patrimônio herdado e o legado da tradição, o indivíduo, livre, autônomo, suplanta a própria comunidade e, desde o século XVIII, vem construindo sua subjetividade na sociedade precipuamente mediante a referida identificação narcísica, na idolatria do individualismo, deixando-se levar pela sedução das imagens propostas.** (COUTINHO, 2007, p. 96-97, grifo nosso).

A identidade cultural, na pós-modernidade, é indicada pela exibição do quanto se pode gastar para se manter incluído em determinada forma dela. Uma vez que certas pessoas são privadas de meios de sobrevivência (como aquelas

em situação de rua, por exemplo), tornam-se excluídas da possibilidade de criar uma identidade (COUTINHO, 2007).

Apesar de ser a dignidade um dos fundamentos e mecanismos de efetivação dos ideais do Estado Democrático de Direito,

esse princípio constitucionalmente expresso convive com subhomens empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animalados em gaiolas sem porta, [...] excluídos de todas as espécies, produzidos por um modelo de sociedade que se faz mais e mais impermeável à convivência solidária dos homens. [...] a produção da miséria não se faz mais apenas no sentido da rejeição do homem pelo mundo; o sinistro globalismo [...] gera não apenas a expulsão do homem pelo outro, mas a sua rejeição por si mesmo, tal como posto na fórmula de Hannah Arendt. Antes, negava-se ao homem a sua plena integração; hoje, expulsa-se o homem do mundo; ou, o que é pior, faz-se com que ele se intimide e se dê por excluído, rejeite-se por não ter obtido o mérito de poder ser aceito, inclusive por si mesmo. (ANTUNES ROCHA, 2001, p. 50).

Assim, a ausência de dignidade acerta não só direitos, mas também a humanidade em si. Porém, não bastando impossibilidade de inúmeras pessoas firmarem sua identidade, posto que vivem em situação de exclusão social, essa mesma ausência faz com que sejam estigmatizadas, agravando sua condição de marginais (que vivem à margem da sociedade, excluídas).

4 PRECONCEITO ESTÉTICO NO MERCADO DE TRABALHO

A discussão acerca das diferentes formas de preconceito (étnico, social, sexual, linguístico, estético) continuamente ganha espaço na sociedade, sendo tais preconceitos construídos tanto pela afirmação quanto manipulação das diferenças entre os sujeitos, sendo que “em ambos os casos, o não-reconhecimento das diferenças ou a falta de respeito a elas se fazem presentes, criando novos padrões de violência.” (BANDEIRA; BATISTA, 2002, p. 119).

Nesse contexto encontra-se o preconceito estético, que é pautado na lógica de sobreposição de valores em uma sociedade na qual, apesar dos avanços, persiste em conter a *negação* de certos tipos de cabelo como “belos”, principalmente o cabelo afro, refletindo-se o histórico processo de exploração advindo dos tempos da escravidão, época em que se originou a ideia da supremacia branca. No caso, o cabelo pode ser entendido como símbolo de resistência, sendo relevante a análise de sua relação com o poder de direção no mercado de trabalho.

É possível notar que, diante dos padrões impostos pela sociedade, ou seja, o que ela apregoa como “bonito” ou “feio” (padrões que se desencontram da

aparência de grande parte dos indivíduos), diversas pessoas são continuamente discriminadas e sofrem tratamentos desiguais por simplesmente apresentarem características diferentes de tais padrões ditados.

Observa-se que, ao entrarem mais mulheres no mercado de trabalho, *“aumentou também o faturamento da indústria, que cresceu de R\$ 4,9 bilhões em 1996 para R\$ 27,3 bilhões em 2010 (ABIHPEC, 2010).”* (VISCARDI; SOTTANI; MACHADO, 2012, p. 04), fazendo-nos crer que tal relação não seja coincidência, mas sim que o fato de terem sido empregadas, as fizeram passar a consumir mais produtos dessa natureza e que, muito provavelmente, igualmente passaram a ser mais cobradas para que mantivessem a aparência mais próxima do que é considerado “ideal” pela sociedade geral.

Ainda, conforme o direcionamento do pensamento de Foucault (1999), mesmo que não sejam diretamente cobradas por outrem, as pessoas cobram suas próprias adequações aos padrões estéticos, punindo-se caso não alcancem o modelo de beleza almejado.

Guy Debord, em sua obra “A Sociedade do Espetáculo”, criticou a sociedade contemporânea, tecendo considerações acerca do fato de que a mesma consome imagens criadas pela indústria, de modo que *“as relações entre as pessoas passam a ser fortemente influenciadas pela imagem que elas transmitem.”* O autor discorre, ainda, que tais pessoas não participam ativamente da sociedade para poderem transformá-la, mas sim meramente aceitam as imposições do sistema capitalista, tornando-se meras mercadorias dele. (VISCARDI; SOTTANI; MACHADO, 2012, p. 05).

Não bastando a padronização que a indústria da beleza tenta fazer com os indivíduos, esses padrões acabam por repercutir incisivamente na esfera trabalhista, seja na fase pré-contratual, momento em que os candidatos já estão sujeitos a julgamento e imposição de condições, seja após o empregado já estar contratado e exercendo suas funções.

Veja-se o que a doutrinadora Alice Monteiro de Barros disserta acerca da discriminação no mercado de trabalho:

Existem as mais variadas formas de discriminação no mercado de trabalho, seja quanto à preferência sexual, religiosa, política, **aparência**, comportamental, enfim um sem número de **dados pessoais do candidato que são analisados subjetivamente, de acordo com as preferências do empregador. Tais predileções nem sempre guardam correspondência com o fim proposto**, pois deveriam ser revelados ao empregador apenas os aspectos essenciais à execução da função pleiteada e, ainda assim, de forma compatível com a dignidade humana, sendo evitados elementos mais detalhados e íntimos. (BARROS, 1997, p. 63, grifo nosso).

Aldacy Coutinho nos apresenta o seguinte pensamento:

[...] sabe-se que padrões estéticos (mito da beleza), históricos e culturais, ditam as imagens estereotipadas das pessoas que levam a uma ditadura do modelo tido como ideal. **Indicativo de sucesso profissional, a aparência física passa a ser elemento constitutivo do processo identificatório da pessoa** que, projetada na contratualidade laboral, marca o espaço de transformação da tomada do corpo (força-física, tempo socialmente necessário para produção) para a absorção da alma/vida do trabalhador. **Não mais basta a força de trabalho; a ilusão, a sedução, ditam os comportamentos dos consumidores transformados em consumidos. Em uma sociedade que cultua a imagem, o corpo e a beleza, aqueles que não se enquadram dentro do perfil ditado acabam estereotipados e, portanto, discriminados.** (COUTINHO, 2007, p. 10, grifo nosso).

Pode-se considerar que se enquadra como discriminação por fatores estéticos “qualquer tipo de desvalorização do ser humano em relação a peso, altura, marcas corporais, aparência ou doenças que acabem gerando efeitos no emprego.” (NASCIMENTO; NUNES, 2015, p. 17). Ainda sobre o assunto, tratando a respeito de exemplos de possíveis alvos de discriminação:

Os fatores decorrentes da estética no trabalho são: a obesidade, tatuagens, piercings, **cabelo** e barba, cicatrizes, queloides e queimaduras, bem como feridas, manchas em razão de doenças, e as vestimentas religiosas.

Já na fase pré-contratual o empregador faz uma análise da aparência do trabalhador a fim de verificar se ele vai servir aos objetivos da empresa. Um exemplo é quando circulamos nos shoppings centers vemos em muitas lojas, apenas vendedores jovens, magros. Como o público-alvo destes estabelecimentos são, em sua grande maioria, adolescentes e jovens, **as empresas preferem contratar apenas empregados com os quais estes clientes em potencial se identifiquem, ou em que possam se espelhar.**

A discriminação estética tem ocorrido, sobretudo, de maneira dissimulada, não ostensiva, quando à pessoa é negada oportunidade de trabalho com base em uma série de desculpas vazias. A realidade é que ela foi preterida em razão da sua aparência. Há uma série de disfarces utilizados pelo empregador para mascarar o verdadeiro fundo discriminatório da não contratação. Diz-se que “os quadros já foram preenchidos”, ou que o candidato “não correspondeu às expectativas da empresa” etc.

O empregador tem o direito de contratar o candidato que melhor servir aos interesses da empresa. Contudo, **a seleção deverá ser livre de qualquer ponderação concernente à aparência ou à beleza do indivíduo. O que é fundamental é avaliar a capacidade e a competência profissional do indivíduo.** (NASCIMENTO; NUNES, 2015, p. 17, grifo nosso).

Assim, apesar da possibilidade de escolha pelo empregador no momento da contratação, podendo preferir as pessoas que melhor se enquadrarem às necessidades da empresa, bem como determinar regras de conduta para o exercício dos trabalhos devidos pelo empregado, jamais ele pode, conforme já explanado, utilizar de seu poder diretivo para discriminar os candidatos ou indivíduos já contratados.

4.1 O cabelo como expressão da identidade cultural e o mercado de trabalho

O cabelo pode ser considerado expressão da identidade individual, na medida em que a forma com que é tratado (seja através do corte, penteado, coloração, seja através dos acessórios que o ornamentam ou cobrem etc.) pode exteriorizar questões religiosas ou outras crenças, por exemplo. Entretanto, não apenas a maneira pela qual se apresenta é capaz de demonstrar uma identidade, mas também a curvatura do cabelo (liso, ondulado, cacheado, crespo), o qual remonta às questões de ancestralidade. Conforme Nilma Lino Gomes nos escreve especificamente a respeito do cabelo das pessoas negras:

Cabelo crespo e corpo podem ser considerados expressões e suportes simbólicos da identidade negra no Brasil. Juntos, eles possibilitam a construção social, cultural, política e ideológica de uma expressão criada no seio da comunidade negra: a beleza negra.

A identidade negra é entendida [...] como um processo construído historicamente em uma sociedade que padece de um racismo ambíguo e do mito da democracia racial. [...] é preciso considerar como essa identidade se constrói no plano simbólico. Refiro-me aos valores, às crenças, aos rituais, aos mitos, à linguagem. (GOMES, 2012, p. 02-03).

É importante refletir sobre o fato de que o Brasil foi o último país do mundo a abolir a escravidão (1888), mas, ainda depois desse acontecimento, inclusive até os dias atuais, consequências dela permaneceu, o racismo permaneceu e a falsa ideia de democracia racial também perdurou.

Desse modo percebemos que, desde os tempos remotos, o cabelo liso e a pele branca dos europeus colonizadores podem ser vistos como “ideais”, propagados como sendo o realmente “belo”, sendo originada a crença da superioridade europeia (e, posteriormente, norte-americana).

Ao dissertar sobre a construção da identidade afrodescendente na sala de aula, Sayara de Brito Félix tece explicações no mesmo sentido acima referido, nos escrevendo que os estereótipos transmitidos na escola são, muitas vezes, aqueles que pregam a dominação branca:

É importante evidenciar que esses estereótipos internalizados são transmitidos para as crianças e as mesmas crescem com uma opinião formada irrefletida sobre a cultura e a dominação branca. **Construir a identidade negra, numa sociedade que ensina desde cedo que, para ser aceito, tem que negar a si mesmo, é um desafio enfrentado pelos negros no meio social, no enquadramento dos conceitos que abraçam a moda, a música, a religião; fatores esses que são determinantes em alguns casos na aceitação do negro no espaço em que se encontra, sendo levados a esquecer de si mesmos.** O paradoxo dessa situação é que a maior desvalorização não está em relação à cor, que deixa de estar em primeiro plano, mas na **estética**, por

exemplo, ao biótipo do cabelo e sua valorização da identidade (GOMES, 2006, p. 168). (FÉLIX, 2010, p. 04-05, grifo nosso).

Como já relatado acima, a participação dos imigrantes europeus contribuiu para a riqueza cultural do povo brasileiro, mas é preciso analisar as condições em que essa participação se deu, quais sejam as formas de tratamento na escravidão, a qual “implicou a expropriação plena de seres humanos, que foram aprisionados, arrancados de sua terra e transportados, sob tortura e condições sub-humanas, a outros continentes que os acolheram como trabalhadores escravizados, portanto, sem direitos.” (MALACHIAS, 2007, p. 32). Não somente isso, mas também houve permanência de escravos sendo explorados nas próprias terras brasileiras.

Apesar do movimento de resistência daqueles que se tornaram historicamente subalternos, se consolidou a ideologia racista, de maneira que negros e indígenas ainda recebem tratamento diferenciado. Suas “características fenotípicas, como a espessura dos lábios, o formato do nariz e a textura capilar, nessa mentalidade brasileira cristalizada, tornam-se marcas relevantes para a classificação das pessoas consideradas bonitas ou feias.” (MALACHIAS, 2007, p. 33).

Desse modo, “A discriminação da qual negros e mestiços são vítimas apesar da “mistura do sangue” não é apenas uma questão econômica que atinge todos os pobres da sociedade, mas sim resultante de uma discriminação racial camuflada durante muitos anos [...]” (MUNANGA, 2006, p. 53).

Feitas as explicações em torno da *origem do preconceito em relação ao cabelo afro*, é possível explicar a possível motivação pela qual diversas pessoas de cabelos cacheados ou crespos se submetem a tratamentos que causam, até mesmo, perigo à vida, para terem o almejado cabelo liso que é mais aceito como belo.

O preconceito estético face ao cabelo de alguém não só tem efeitos na autoestima e relacionamentos pessoais, mas também na vida profissional, considerando que, caso o padrão de beleza mais aceito não seja aquele com o qual o sujeito nasceu, muitas vezes este se torna candidato excluído ou, para ingressar na profissão objetivada, e obrigado a fazer modificações nos fios capilares.

Sabe-se que existem estabelecimentos comerciais que, visando a melhoria no atendimento aos clientes, têm como regra o uso de toucas e/ou bonés que cubram todo o cabelo, ou que o cabelo seja mantido preso, como é o caso de mercados e lanchonetes, por exemplo. Entretanto, observa-se que a finalidade da mudança na forma como se arruma o cabelo é, muito provavelmente, aparentar maior higiene no manuseio de alimentos, ou para que haja uma padronização na vestimenta dos empregados. Isso se diferencia da alteração da estrutura ou curvatura dos fios vistos como “feios”, parte do corpo de cada indivíduo, em prol de um padrão estereotipado.

O cabelo é um dos principais elementos de afirmação de identidade da população negra e é, também, **o símbolo representativo do desafio enfrentado pelos sujeitos num espaço em que ainda prevalecem os padrões de beleza europeus**. O ato de ir a um salão de beleza nos leva a ver que o afro-descendente busca não só uma mudança estética. Junto a isso, existe – consciente ou inconscientemente – a tentativa de recuperação de sua autoestima, além da construção e reafirmação de sua subjetividade e identidade negra frente a uma sociedade que o subjuga. (PEREIRA, 2018, p. 02, grifo nosso).

Com o passar do tempo e crescimento dos movimentos que lutam pela valorização dos cachos e crespos, houve “ampliação do repertório de tratamento de cabelos. Antes, o cabelo da negra era, digamos, não-cabelo e deveria ser ou alisado a ferro ou escondido sob o torço, como o cabelo da Baiana de Acarajé.” Assim, a *revolução estética* fez com que os fios encaracolados passassem a serem vistos de outra forma por parte da sociedade, “*o cabelo da negra passou a ser a fronteira de uma luta simbólica pela afirmação da Beleza Negra, daí para frente um conceito quase nativo.*” (PINHO, 2004, p. 116).

Entretanto, o crescimento da aceitação pela sociedade da beleza dos cabelos encaracolados vem ocorrendo, especialmente nos últimos tempos, acompanhado da exposição de cachos que seriam “ideais”. Assim, ao passo que se abre espaço para considerar bonito o cabelo negro, igualmente se alarga o conceito de como deve ser cuidado e quais produtos devem ser adquiridos para que esteja dentro de um novo padrão para ser aceito, ou seja, ocorre a “exposição de bens como indicador de integração social.” Assim, o conceito de “beleza negra” fica suspenso “entre o discurso de reinvenção identitária [das tranças em cabelos afro, exemplificativamente] [...] e a reposição da subjetividade pela indústria cultural”, o que “tem operado através destes contextos complexos e voláteis como neutralizador de antigos estereótipos produzidos como representações da mulher negra.” (PINHO, 2004, p. 118).

Destarte, cada vez mais constata-se a “identidade narcísica”, já abordada acima, assumindo o sujeito uma imagem que satisfaz aos outros, ditada pelo mercado – este que, continuamente, produz e propala formas inalcançáveis do que deve ser ou não ser aceito. (COUTINHO, 2007, p. 100).

Da mesma forma com que, ao não conseguirem adequar-se aos padrões de identidades existentes no meio em que vivem, diversos sujeitos se veem excluídos, assim também há a possibilidade de se sentirem aqueles que possuem cabelos cacheados ou crespos ao se verem impossibilitados de usufruir da imensa diversidade de mercadorias que lhes são expostas como necessárias para adequarem-se ao “belo”. Incrível é o que uma sociedade consumista faz com alguém sem poderio econômico para se adequar: ainda que o indivíduo nasça com fenótipo que o remeta à ancestralidade negra em seu cabelo, a identidade lhe é

negada, causando problemas de autoestima e não aceitação pessoal. Tais nuances reverberam no meio profissional, meio em que o preconceito é propagado e os moldes de aceitação repetem-se.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que a incidência dos direitos fundamentais é de suma importância nas relações de trabalho, sendo o Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade humana exemplos de fundamentos de tais direitos, considerando a necessidade de ampla proteção do trabalhador. Já que na medida em que se nega acesso aos direitos fundamentais a determinados sujeitos, igualmente lhes são retiradas possibilidades de inserção na sociedade.

Aprofundando na temática, percebeu-se a possibilidade de existência de preconceito estético no mercado de trabalho, motivo pelo qual os estudos se iniciaram a partir da análise do contrato de trabalho. Nesta oportunidade, verificou-se que o conceito de “contrato de trabalho” não é unívoco na doutrina, em face da simplicidade exagerada do artigo 442 da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto Lei n. 5.452/43), razão pela qual há a ideia de se retirar este conceito a partir da interpretação conjunta dos artigos 2º e 3º do mesmo Códex. Já o empregado é caracterizado pelas disposições presentes no artigo 3º da CLT, havendo quatro requisitos para si, dentre eles a subordinação jurídica. Quanto ao empregador, aquele que assume os riscos do negócio, possui conceituação junto ao artigo 2º, *caput* e §1º da CLT, sendo detentor do já mencionado poder de direção.

Em meio a essa contextualização trabalhista, há de se entender que os direitos fundamentais representam a essencialidade de garantias que devem ser válidas aos seres humanos em sua totalidade.

Nota-se que, tanto os direitos fundamentais, quanto a dignidade da pessoa humana, não apenas se veem indispensáveis para a possibilidade de igualdade, mas também possuem grande relevância para a efetivação da criação de identidades culturais. Isso porque estas se criam a partir do contexto social em que o sujeito vive, visto que, a partir do momento em que uma sociedade propaga padrões que, para alguns, são inalcançáveis, acaba por retirar deles a possibilidade de incluir-se, de se sentir firmada em uma identidade que o acolhe e aceita (negação de identidade).

Uma das formas de estigmatização e exclusão é o preconceito estético, que pode ser entendido como aquele que nega aceitação a todos que não se enquadram nos traços entendidos como sendo “belos”. Ocorre que o conceito de “bonito” e “feio” passa pelo funil da indústria da beleza que lucra criando este-reótipos inalcançáveis, com relação aos quais somente é possível aproximar-se adentrando a ideia de consumo desenfreado de produtos de beleza. Não

bastando isso, a cada vez que a luta por aceitação ganha avanços, criam-se novos padrões para ela, como é o caso do cabelo afro, que constantemente vem sendo reconhecido como “belo”, ao passo que, para tanto, deve atender às novas expectativas exteriores.

Portanto, a partir das pesquisas feitas para o presente trabalho, foi possível compreender que são feitas manipulações sobre as diferenças entre os seres humanos. Quer dizer que são apregoados padrões estéticos que manipulam a visão que os indivíduos possuem uns dos outros, e que, quando não atendidos, geram preconceitos que repercutem tanto na vida pessoal e econômica (consumo desenfreado, relacionamento interpessoal, problemas de saúde como anorexia e depressão etc.), quanto profissional. Dessa maneira, a relação entre as pessoas passa a ser influenciada pela imagem transmitida.

Por fim, apesar da dificuldade de se encontrar materiais que tratassem sobre o objeto de pesquisa deste trabalho, no que se refere ao preconceito estético aos cabelos de pessoas negras no âmbito trabalhista, importa salientar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar a discussão sobre o assunto, mas objetiva destacar a relevância que ele possui para compreensão da relação entre o poder direito e as liberdades individuais do empregado, bem como do preconceito estético e suas possíveis repercussões.

REFERÊNCIAS

ALELUIA, Thais Mendonça. **Direito do Trabalho**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

ANTUNES ROCHA, Cármen Lúcia. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 2, p. 49-67, dez. 2001. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 27 jan. 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTr, 1997.

BANDEIRA, Lourdes; BATISTA, Analía Soria. Preconceito e discriminação como expressões de violência. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 10, n. 1, 2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X200200010007/8767>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho (CLT)**. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Brasília: Poder Executivo, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Poder Executivo, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

CHALFIN COUTINHO, Maria; KRAWULSKI, Edite; PENNA SOARES, Dulce Helena. Identidade e trabalho na contemporaneidade: repensando articulações possíveis. **Psicologia & Sociedade**, Florianópolis, v. 19, n. 1, p. 29-37, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822007000400006&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 21 jan. 2018.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Efetividade do direito do trabalho: uma mirada no “homem sem gravidade”. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, v. 45, n. 75, p. 93-105, jan./jun. 2007. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/73933>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Entrevista “Discriminação Estética no Trabalho”. **Carta Forense**, São Paulo, p. 10-11, 2007. Disponível em: <<https://www.apesp.org.br/Imprensa/newlette01-10-07.html>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DEMCHUK, Paulo. **Liberdade e a necessidade da limitação dos poderes do estado**. Vox Brasilis, 8 de jun. de 2016. Disponível em: <<http://voxbrasilis.com/liberdade-e-a-necessidade-da-limitacao-dos-poderes-do-estado>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

FÉLIX, Sayara de Brito. Cabelo bom. Cabelo ruim: a construção da identidade afrodescendente na sala de aula. **Revista África e Africanidades**, ano 3, n. 11, nov. 2010. Disponível em: <http://www.africaeafricanidades.com.br/documentos/01112010_25.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

FONTENELLE, Isleide Arruda. O fetiche do eu autônomo: consumo responsável, excesso e redenção como mercadoria. **Psicologia & Sociedade**, Florianópolis, v. 22, n. 2, p. 215-224, mai./ago. 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822010000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 18 jan. 2018.

GOMES, Nilma Lino. **Corpo e cabelo como símbolos da identidade negra**. Ação Educativa, Blog “Formação em Direitos Humanos”, São Paulo, 05 de out. de 2012. Disponível em: <<http://www.acaoeducativa.org.br/fdh/?p=1567>>. Acesso em: 20 mai. 2020.

LFG. **Direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e quarta geração**. 29 de mai. de 2017. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/direitos-fundamentais-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

MALACHIAS, Rosângela. **Cabelo bom. Cabelo ruim**. Coleção percepções da diferença. Negro e Brancos na escola, v. 4. São Paulo: Núcleo de Apoio à Pesquisas em Estudos Interdisciplinares sobre o Negro Brasileiro, da Universidade de São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.usp.br/neinb/?p=26>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

MALLET, Estêvão. A subordinação como elemento do contrato de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 106, n. 106-107, p. 217-245, 2012. Disponível em: <<https://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67944>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

MIRANDA, Antonio. Sociedade da informação: globalização, identidade cultural e conteúdos. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 78-88, nov. 2000. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/ciinf/article/view/890/925>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

MUNANGA, Kabengele. Algumas considerações sobre “raça”, ação afirmativa e identidade negra no Brasil: fundamentos antropológicos. **Revista USP**, São Paulo, n. 68, p. 46-57, fev. 2006. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/13482>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1989.

NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira; NUNES, Renata Cristina Da Silva. A discriminação estética na relação de emprego decorrente do uso de vestimentas religiosas e os limites ao poder de direção do empregador. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 2, n. 39, p. 54-87, 2015. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1304/875>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

OLIVEIRA NASCIMENTO, Nilson de. **O poder diretivo do empregador e os Direitos Fundamentais do trabalhador na relação de emprego**. 2008. 267 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2008. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063483.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2017.

PEREIRA, Rafaela. **Corpo, cabelo e identidade** – Crítica. LiterAfro, Belo Horizonte, 16 de fev. de 2018. Disponível em: <<http://www.letras.ufmg.br/literafro/autoras/29-critica-de-autores-feminios/367-corpo-cabelo-e-identidade-critica>>. Acesso em: 23 mai. 2020.

PINHO, Osmundo de Araújo. O efeito do sexo: políticas de raça, gênero e miscigenação. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 23, p. 89-119, jul./dez. 2004. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8644658>>. Acesso em: 24 jan. 2018.

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho**. 18. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

VISCARDI, Adriana Woichinevski; MACHADO, Flávia Carolina Valle; SOTTANI, Silvania Mineira. Narcisismo na sociedade do espetáculo: consumo e beleza feminina nas capas da revista Claudia. **Revista Estação Científica**, Juiz de Fora, n. 7, jun./2012. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/4330/narcisismo-na-sociedade-do-espetaculo.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO TOCANTE À SAÚDE

LUCAS HENRIQUE GARCIA ORTEGA¹

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) estabeleceu como seu guardião o Supremo Tribunal Federal- STF, assim se infere do art. 102, caput, onde desse modo foram criados mecanismos que levem a apreciação judicial matérias de patamar constitucional e relevante valor social, mesmo que originariamente não se tratem de competência do Poder Judiciário. Esses mecanismos são exemplificados pelas diferentes formas de controle constitucional adotados pela Constituição Federal, como o controle difuso, e ainda audiências públicas permitindo que o jurisdicionado possa ser ouvido e influenciar o processo, tendo em vista que ele é o detentor do direito quando prestado, bem como quando violado.

Essa ampliação de mecanismos visando a tutela de direitos fundamentais, cada vez mais aperfeiçoado pelas construções legislativas pós Constituição de 1988, possibilitaram uma maior participação dos juízes nessa seara através do controle difuso de constitucionalidade. Com essa ampliação as apreciações do que é e do que não é constitucional encontrou maior arena de discussão (não estando, portanto, restrita à apreciação do Supremo Tribunal Federal que exerce, por exemplo, o controle concentrado de constitucionalidade entre outras medidas). Considerando a facilidade de se submeter a matéria constitucional aos juízes singulares, aspectos de relevância social como o direito à saúde encontraram no acesso à justiça (direito de ação) uma forma de discutir as responsabilidades do Estado por outro mecanismo democrático. A questão que se coloca sempre muito problemática e complexa é se estaria o Judiciário (tanto os juízes

¹ Acadêmico do Curso de Direito, 7º semestre, no Curso de Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados. E-mail: lucas_ortega@hotmail.com.br

singulares, tribunais ou tribunais superiores), que não se submete ao crivo da escolha popular (processo eleitoral), dotado de legitimidade para intervir nas decisões dos poderes constituídos democraticamente (Legislativo e, especialmente dentro da temática abordada no presente artigo, o Executivo).

A primeiro momento, o presente artigo almeja elucidar o Controle de Constitucionalidade no Brasil, sob sua perspectiva histórica e inspiração internacional, adentrando sobre o atual sistema vigente e as formas como é manifesto, de tal maneira pontuar cada espécie de controle e regulamentação própria destes². Inclusive demonstrando que a participação do Judiciário nessas questões não se dá como uma interferência abusiva ou numa tentativa de usurpação de funções, mas como uma forma de se realizar a promessa constitucional e os direitos fundamentais previstos e garantidos pela CRFB/88.

Nesse sentido, esclarece-se como se dá o processo de políticas públicas no tocante a prestação do direito fundamental à saúde, a materialização e efetivação de direitos conforme estabelecido por nossa CRFB/88, aqui se analisando como a Administração atua, como por exemplo a impetração do SUS como prestador desse serviço fundamental.

A questão que norteia a pesquisa, portanto, é: o Judiciário ao intervir, por meio do Controle Difuso de Constitucionalidade, nas políticas de acesso à saúde estaria realmente garantindo a real satisfação desses direitos? Essa intervenção seria legítima sob a lógica jurídica?

Logo, embarca-se no momento em que pela não efetivação das políticas públicas por parte da Administração Pública³, que resulta em um cidadão sendo privado de sua garantia constitucional de acesso à saúde, e o mesmo busca o Judiciário muitas vezes por demandas coletivas e até mesmo de forma individual por valia do seu direito, é o que acontece, por exemplo, quando há privação de medicamentos por parte do poder público, e assim temos uma demanda judicial a respeito.

Para responder à questão da pesquisa e promover as reflexões ora propostas, a presente análise utiliza-se do método de revisão bibliográfica para (re)visitar as produções acadêmicas pertinentes ao tema, bem como obras doutrinárias clássicas e de referência, buscando assim trazer um aporte teórico necessário à reflexão. A pesquisa também faz uso da análise documental ao se

² Considerando as limitações impostas ao formato de artigo, não seria possível considerar todos os pontos históricos e fundamentos a respeito do tema. Assim, o que se pretende é apresentar algumas considerações pontuais a respeito do controle de constitucionalidade, especialmente para destacar a importância do mecanismo como ferramenta de garantia da promessa constitucional em prol dos direitos fundamentais. As provocações que se seguem têm o condão, portanto, de auxiliar o leitor a melhor compreender a legitimidade da atuação Judicial por meio dessa prática (controle constitucional), observando a importância de uma melhor (re)leitura da teoria de separação dos poderes, não de forma engessada, mas que permita uma maior interação entre eles em defesa da dignidade da pessoa humana e, de forma imprescindível, da vida.

³ Termo utilizado para se referir ao aparelho estatal como um todo, seus agentes, órgãos e entidades.

debruçar sobre a legislação aplicável ao tema, bem como aos posicionamentos judiciais (julgados) buscando construir um panorama fático dessa teoria no plano da realidade.

A construção do presente capítulo, assim, resulta de fases de pesquisa distintas, tendo se iniciado com a análise do material referente ao controle de constitucionalidade no Brasil (do que resultou a construção do primeiro tópico deste artigo). Posteriormente, com as concepções e elementos do controle de constitucionalidade já superados, a pesquisa passou a se dedicar a análise das políticas públicas de (acesso à) saúde no Brasil, buscando apresentar um panorama relevante para as discussões jurídicas, bem como a sua presença no rol dos direitos constitucionalmente previstos como fundamentais. Após tais análises, a pesquisa teve como principal foco analisar o controle judicial de políticas públicas relativas ao acesso à saúde, proporcionando uma visão de como a situação tem sido enfrentada pelo Judiciário, buscando identificar se os fundamentos legais e doutrinários se encontram presentes nessas apreciações. O artigo, por fim, considera as análises de forma dialética para considerar a legitimidade do Poder Judiciário em realizar tais intervenções, visto que há uma preocupação (democrática) ainda mais latente que é a realização da Constituição, visando, por óbvio, que ela não se mostre à população como uma mera diretriz hipotética e inalcançável, mas sim uma nova proposta de Estado e de Sociedade, que prime pela dignidade da pessoa humana como núcleo norteador da prestação estatal.

2. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

No atual Estado de Direito, é inegável a força normativa da Constituição, esta que por sua vez possui destaque e centralidade no ordenamento jurídico, é garantidora de direitos e programática no sentido de inferir diretamente na relação do governo com seus administrados, impondo condições e os objetivos a serem alcançados no decorrer do tempo.

Assim, é imperioso dizer que há a necessidade de mecanismos de defesa que possam resguardar o texto constitucional, principalmente contra atos normativos e leis que emanam do Poder Público. Temos assim o controle de constitucionalidade que possui dentre suas vertentes o Controle Político e preventivo (Modelo Francês), o Controle Jurisdicional, e o misto⁴.

Dentre as diversas concepções de controle, cabe destacar o Modelo Difuso que parte dos Estados Unidos da América, em que pode ser exercido por

⁴ Considerando o enfoque estabelecido para o presente artigo, não se olvida, mas também não se aprofundará ou analisará o controle preventivo realizado pelo Poder Legislativo durante o processo legislativo. Analisar esse controle do próprio Parlamento demandaria uma reflexão apartada. Aqui, o foco é da apreciação externa feita pelo Poder Judiciário, por isso o esclarecimento.

qualquer juiz em caráter incidental, que tem como marco o caso *Marbury vs Madison* (1803)⁵.

O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do poder público (MENDES, 2014, p. 08)

Cabe apenas destacar que apesar do Brasil também adotar o controle de constitucionalidade nos moldes do modelo norte-americano, é preciso considerar que se tratam de realidades diferentes e que aqui se faz uma menção histórica ao caso destacado. A construção do controle de constitucionalidade no Brasil passou por diversas transformações, ampliando seus poderes e aplicação apenas no período posterior à CRFB/88⁶.

Como também o modelo concentrado ou modelo austríaco em que esse controle é exercido por uma Corte Suprema Constitucional (dependendo do país podendo ser chamada de Suprema Corte ou Corte Constitucional), desta vez pela via principal, dito assim pois o mérito da questão por si só é a (in)constitucionalidade da norma abstrata. Em alguns estados essa corte, que tem o condão de ser a guardiã da Constituição, pode estar desvinculada do Poder Judiciário, atuando tanto mais como um tribunal administrativo.

No Brasil adota-se o modelo misto de controle, haja vista que o país possui desde a República o tradicional modelo difuso de constitucionalidade, inspirado fortemente no direito norte-americano. Posteriormente, já na Constituição de 1934, houve importantes alterações. Na análise desse presente artigo é salutar destacar que nesta Constituição fora expressamente proibido ao Poder Judiciário conhecer sobre questões políticas. Já o controle abstrato ou concentrado de constitucionalidade foi inserido pela Emenda n. 16 de 1965, no período da ditadura militar, sendo que parte das mudanças de tal emenda já havia sido introduzida pelo AI-2, esta que contava somente com um legitimado para propor a ação de inconstitucionalidade, o Procurador-Geral da República. Como fora mantido por todo esse tempo o modelo difuso, temos agora um modelo misto de controle.

Chega-se, assim, a Constituição da República Federativa do Brasil, esta que por sua vez amplia de modo exponencial os mecanismos de proteção judicial

⁵ O referido caso é considerado emblemático por ter inaugurado o controle difuso de constitucionalidade, o qual ainda é utilizado no direito norte-americano e ainda influenciou fortemente a formação da teoria do controle de constitucionalidade brasileiro.

⁶ Não se fará um aprofundamento histórico do controle de constitucionalidade no Brasil. Uma análise nesse sentido demandaria uma abordagem pormenorizada e criteriosa, o que poderia desviar o principal enfoque desse artigo. Para um maior aprofundamento histórico sugere-se a leitura de “O Controle de Constitucionalidade no Brasil”, Gilmar Ferreira Mendes. A referida sugestão foi analisada para a construção do presente artigo.

de direitos e garantias, em especial o controle de constitucionalidade. Nos termos do artigo 103, CRFB/88, nota-se um grande avanço quanto aos legitimados para a propositura no plano do controle abstrato, visto a conjuntura da época, são estes agora, o Presidente da República, a mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a mesa de uma Assembleia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Além, é claro, do controle difuso de constitucionalidade que foi mantido. Nesse sentido:

As modernas compreensões sobre democracia e cidadania, no entanto, vêm consolidando uma maior participação popular em assunto outrora restritos ao meio jurídico, o que fortalece a tese segundo a qual "todo aquele que vive uma constituição é seu autentico intérprete" (LIMA; GOMES; SANTOS, 2018, p.19).

Tal aspecto é imensamente relevante: através do controle difuso de constitucionalidade (e até, em certa medida, do controle concentrado), a participação democrática se faz presente. Obviamente, não se está diante dos mecanismos oficiais tradicionais de participação popular (que muitos entendem ser apenas o processo eleitoral ou a participação em conselhos públicos), mas há participação popular. Grupos organizados ou mesmo indivíduos isoladamente podem apresentar suas demandas democráticas para apreciação estatal por meio do direito de ação. O que alguns enxergam como uma usurpação de arena (considerando que matérias políticas deveriam se limitar aos debates do parlamento) é, na verdade, uma ampliação de meios de realização democrática. O povo, isolado ou coletivamente, pode apresentar ao Estado (Juiz) a apreciação de direitos fundamentais. A apreciação judicial não é um limitador da democracia, é antes um ampliador.

Nesse sentido, é importante que se entenda que toda a atenção que a Constituição/88, deu para que a mesma fosse guardada e mantida, principalmente contra atos da própria administração pública, fez com que o Judiciário acabasse por ganhar sobremaneira um grande destaque, afinal o mesmo é traduzido como guardião da constituição, não apenas contra atos que forem contra o texto constitucional, mas também quando há uma omissão por parte do Executivo em implementar aquilo que lhe fora atribuído. Logo, tem-se um grande impasse pois por mais que a CF amplie o rol de atuação do Judiciário, ela também no seu artigo segundo, adota o sistema tripartite dos poderes, desde logo é notório que há uma grande e tênue linha a qual o judiciário faz aquilo que lhe é cabido para a parte em atua desrespeitando o mandamento constitucional, e acaba atuando na esfera pertencente ao Poder Executivo.

No Brasil o sistema de controle constitucional não tem precedentes na constituição do Império de 1824, haja vista que o mesmo só foi implantado quando instaurado o regime republicano na Constituição de 1891, prevista expressamente nos artigos (59 e 60) percebe-se nesta forte inspiração no direito norte-americano prevista tão somente na forma de controle difuso e incidental. Tal informação permite inferir que, na realidade brasileira, o controle de constitucionalidade é um mecanismo nascido em seio democrático.

No decorrer da história brasileira o modelo permaneceu de forma parecida até as grandes mudanças com a CF/88, com ressalva à Constituição de 1934 que introduziu a representação interventiva de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), provocada pelo Procurador-Geral da República, em casos que lei ou ato normativo federal atentasse a princípios constitucionais.

Há de se destacar também que com a Emenda Constitucional n. 16 de 1965 foi previsto o controle genérico de constitucionalidade em que o supremo poderia declarar uma lei ou ato federal inconstitucional após representação do Procurador-Geral da República, assemelhando-se assim às cortes europeias instaurando o controle concentrado por via principal, já na constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969) foi prevista a ação direta em âmbito estadual, no entanto, limitou a ação estatal no tocante aos municípios.

A Constituição de 1967 não trouxe modificações importantes ao sistema de controle de constitucionalidade, tendo deixado de reiterar a previsão da ação genérica estadual, contida na EC n. 16/65. A Constituição de 1969 (Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969), por sua vez, previu a ação direta em âmbito estadual, mas limitada à hipótese de intervenção do Estado em Município¹⁵. Por fim, a Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977, pôs termo à controvérsia acerca do cabimento de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo expressamente a competência do Supremo para deferi-la (art. 119, I, p). Além disso, por seu intermédio foi instituída a “representação para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual”, por via da qual o STF, mediante representação do Procurador-Geral da República, poderia fixar, em tese e com caráter vinculante, o sentido de uma norma. A Constituição de 1988 suprimiu a medida. (BARROSO, 2016, p. 87)

Por fim chega-se ao Controle de Constitucionalidade vigente na nossa atual Constituição, é inegável o quão imensurável foi a alteração com o advento da CRFB/88, segundo Mendes (2014, p. 08) “embora o novo texto constitucional tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade ‘incidental’ ou ‘difuso’, é certo que a adoção de outros instrumentos”, o autor mencionado como exemplos “o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o mandado de segurança coletivo e, sobretudo, a ação direta de inconstitucionalidade” esta última é destacada por ele por conferir “um novo perfil ao nosso sistema de controle de constitucionalidade”.

Salutar destacar que utilizamos um modelo misto, inspirado em diversas Constituições e na realidade e transformações sociais que inspiraram tais modelos, como o nosso Controle Difuso, que diverso de outros países, adotou mais de um mecanismo de proteção a direitos e garantias fundamentais, “ao contrário de outros modelos do direito comparado, o sistema brasileiro não reserva a um único tipo de ação ou de recurso a função primordial de proteção de direitos fundamentais” com destaque para as “ações constitucionais do habeas corpus, o habeas data, o mandado de segurança, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular” (MENDES, 2014, p. 04).

No tocante ao modelo abstrato ou modelo concentrado de constitucionalidade, além de todos os mecanismos de defesa de direitos concernentes ao modelo difuso, traz uma também uma gama muito grande de dispositivos, lembrando que neste, o mérito da questão é a própria constitucionalidade ou não da norma em abstrato, enquanto que no difuso, se resguarda um direito na via principal, e de modo incidental há a possibilidade de inconstitucionalidade da norma violadora.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu art. 103, sendo ações próprias de controle concentrado de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Superadas as análises pontuais a respeito do controle de constitucionalidade, cabe aprofundar a questão para as políticas públicas de saúde e sua importância como vetor de provocação judicial em prol de garantias constitucionais.

3. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A primeiro momento pode-se conceituar as políticas públicas como a materialização (efetivação) dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, por parte do Estado, vale acentuar que uma das características marcantes em nossa Constituição Cidadã⁷ é o fato de grande parte do seu texto ser programático, logo impõe obrigações constitucionais ao Estado perante seus jurisdicionados.

Assim estas obrigações são vistas de tal modo como a elaboração de normas pelo legislativo, e relativo ao tema do presente artigo a efetivação das políticas públicas por parte do Executivo, Políticas públicas são aqui entendidas como o “Estado em ação” (GOBERT, MULLER, 1987); é o Estado implantando um

⁷ Termo utilizado para se referir a Constituição Democrática de 1988, visto sua amplitude no que concerne aos direitos inerentes aos cidadãos, causando uma ruptura, com o movimento político anterior, qual seja grande violador dos direitos de primeira geração.

projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade.

Estado não pode ser reduzido à burocracia pública, aos organismos estatais que conceberiam e implementariam as políticas públicas. As políticas públicas são aqui compreendidas como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada. Neste sentido, políticas públicas não podem ser reduzidas a políticas estatais (HOFLING, 2001, p.04).

Com relação a implementação dessas políticas no Estado brasileiro, podemos dizer que sua institucionalização passou por um processo, até 1930, a atuação do governo se pautava no saneamento básico e no controle de endemias, após foi criado o Ministério da Educação e Saúde, em que se passa a dar mais ênfase na assistência médica com foco uno no indivíduo, não se pensando até então em uma política de caráter coletivo. Após a CRFB/88, houve um grande salto nas políticas de acesso à saúde, sendo agora positivado como direito social, previsto no artigo 6º da CRFB, e a partir daí surgiu a lei que incorpora e estrutura o Sistema Único de Saúde, sendo esta a lei 8080/90.

A Constituição Federal de 1988 deu nova forma à saúde no Brasil, estabelecendo-a como direito universal. A saúde passou a ser dever constitucional de todas as esferas de governo sendo que antes era apenas da União e relativo ao trabalhador segurado. O conceito de saúde foi ampliado e vinculado às políticas sociais e econômicas. A assistência é concebida de forma integral (preventiva e curativa). Definiu-se a gestão participativa como importante inovação, assim como comando e fundos financeiros únicos para cada esfera de governo (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006, p.17).

O SUS (Sistema Único de Saúde) é um marco no desenvolvimento de políticas públicas concernentes ao processo de acesso ao direito à saúde, não apenas no Brasil como também no mundo, a CRFB/88, trouxe o conceito de direito universal, o que é muito bem posto com a implementação desse sistema que atende de tal maneira um quantitativo exorbitante de cidadãos.

É clarividente que políticas nesse sentido, não se põe somente no que se refere ao SUS, mas a própria urbanização e promoção e qualidade de vida é papel de atuação do Estado como garantidor desse direito.

De modo utilitarista, o foco em implementação de políticas de saúde relativas à prevenção, acarretariam gastos em menor proporção ao erário de tal maneira lógica que quanto melhor a qualidade de vida proporcionada, menos a população recorria ao atual sistema único de saúde.

O impacto de uma intervenção de promoção à saúde em uma perspectiva ampla relacionada às práticas corporais/atividade física, certamente poderá refletir nos gastos do SUS, em relação às enfermidades e mortes evitáveis, na melhoria da qualidade de vida da população e na compreensão de que manter a saúde é uma tarefa que exige um esforço em conjunto, a mobilização do indivíduo, da comunidade, do governo, de ideias e ideais. (MORETTI, 2008, p. 03).

Destarte que uma visão preventiva de política pública poderia reverter todo um quadro que gera gastos elevadíssimos ao erário, e por conseguinte uma quebra de qualidade de vida para a população, investimentos que às vezes parecessem banais, por seus resultado não serem imediatos, podem ser a médio e longo prazo um ponto que leve à mudança do atual cenário nacional.

4. O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A primeiro momento volta-se a análise pura do Direito, este que passou por uma grande reestruturação no pós-guerra (II guerra Mundial), até então tendo como cerne o positivismo jurídico⁸, e que a partir das atrocidades legitimadas por um parlamento, questiona a lei como irrefutável. Ademais, o constitucionalismo ganha força, a Constituição o epicentro do ordenamento jurídico e o conceito a ser abordada, a ampliação do conceito de norma, esta que agora não é mais sinônimo de lei, mas passa a inserir também os princípios norteadores do pensamento constitucional, com força cogente e inspiradora, na elaboração, interpretação e aplicação da lei ao fato concreto (subsunção).

O jurista Dworkin, forte pensador e fomentador do pós-positivismo sustenta a ideia que no sistema normativo as regras e os princípios ocupam posição de destaque, na construção da teoria, contudo, ele reconhece que, além dos princípios, existem outros padrões que também compõem o sistema normativo do direito e faz expressa remissão às políticas públicas (DIAS, 2016).

Logo, as políticas dependem, para sua realização, da adoção de um padrão jurídico que vai inocular no ambiente social um conjunto de objetivo cujos desdobramentos buscam estabelecer patamares de interação social que serão processados, a partir de então, no nível jurídico (DIAS, 2016, p.15).

Assim, é clarividente a ligação entre a Constituição e a Política, sendo de tal modo o centro da preocupação do ordenamento jurídico, haja vista, o alto teor de conteúdo político exposto na Constituição da República Federativa do Brasil e a própria ideia de Constitucionalismo em si, logo, perfaz-se que o

⁸ O positivismo jurídico ou jus positivismo é uma corrente de filosofia do Direito que busca reduzir ele a apenas aquilo que está posto positivado, como norma legal (lei).

enfrentamento de questões desse cunho pelo Judiciário acaba sendo consequência lógica da construção já exposta.

Há um consenso no sentido de que a assunção de novos papéis pelo Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos, vem sendo aceita pela sociedade, uma vez que os próprios atores políticos veem o Judiciário como um fórum apropriado para enfrentar essas questões. (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 03)

Nesse sentido, a intervenção do judiciário mostra-se uma realidade necessária considerando o contexto social atual, outrora acaba sendo um problema, visto o excesso de poder concedido às pessoas togadas, e principalmente a falta de previsão constitucional ou legal que demonstre limitações a esses excessos.

De tal modo, na atuação do Direito em ações de cunho coletivo, o magistrado reiteradamente é levado a não apenas ser imediato ao compor a subsunção ao doto concreto, mas em realidade, praticar uma opção política, a propósito do bem jurídico ou do interesse social merece maior proteção pelo Estado e, assim, qual o outro interesse que deverá ser limitado para que aquele possa ser tutelado. A fluidez dos conceitos que se liga à proteção coletiva – e aos instrumentos a ela ligados, como a noção de proporcionalidade, de interesse público e de bem comum – outorga, em última análise, ao magistrado um poder semelhante àquele desempenhado pelos representantes políticos da sociedade, impondo ao juiz uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas (ARENHART, 2009).

É certo que a aplicação dessas políticas de acesso a direito e garantias fundamentais, em especial relacionadas à saúde, por parte do executivo, demandam recursos financeiros, apesar de muitas vezes ser realmente inviável por parte da Administração Pública (reserva do possível⁹) outras tantas acaba por ser adotado esse princípio como “escape” pelo mau gerenciamento do recurso estatal.

No entanto, sendo direitos e garantias fundamentais, o uso desse argumento acarrearía que com crises ou dificuldades econômicas estes direitos fossem prejudicados, logo aí está a grande importância do judiciário em resguardar essa prestação.

Com efeito, ainda que se considere que mesmo estes direitos mínimos possuem reflexo financeiro para o Estado (especialmente quando são muitos os que exigem a sua satisfação), isto não é suficiente para negar existência (e força vinculante) para tais direitos fundamentais. Se estes postulados foram fixados pelo constituinte, como garantias fundamentais, o critério financeiro do Estado deve assumir importância secundária, sob pena de fazer vã a intenção jus fundamental. Não fosse assim, como explica Alexy, em tempos de crise

⁹ O princípio da reserva do possível diz que a efetivação dos direitos sociais está vinculada às possibilidades financeiras do Estado.

econômica seria perfeitamente justificável o aniquilamento de direitos fundamentais, justamente sob o pressuposto de que os interesses financeiros do Estado deveriam ser postos em primeiro lugar, o que, obviamente, não é verdade (ARENHART, 2009, p.13).

De tal modo, o Supremo Tribunal Federal já decidiu sobre a questão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9/DF (DJU 04.05.04, p. 12), ainda que em decisão monocrática, o relator, Ministro Celso de Mello, ponderou que, muito embora não caiba ao Poder Judiciário a implementação regular de políticas públicas, excepcionalmente este papel lhe é conferido “se e quando os órgãos estatais competentes” no descumprimento dos “encargos político-jurídicos que sobre eles incidem”, de alguma forma comprometam “a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”. Existindo este papel do Poder Judiciário, prossegue o Ministro, há que se considerar, na determinação da implementação da política pública, a “reserva do possível”, mas apenas na estrita medida em que esta reserva se mostre, efetivamente, existente.

Ainda que reconheça a necessária vinculação da implementação dos direitos sociais aos limites financeiros do Estado, ressalta a decisão que isto não implica a liberdade plena do Estado em, a seu talante, concretizar ou não a norma garantidora do direito fundamental. A “reserva do possível” não poderá, portanto, ser invocada sem qualquer critério, somente com o intuito de exonerar o Poder Público de cumprir com sua função constitucional de implementar os direitos fundamentais. (ARENHART, 2009, p.15)

Diante de todo esse contexto, fica salutar destacar que atualmente há uma grande demanda no judiciário por pessoas que sentiram seu direito fundamental à saúde violado, por ser um dever estatal a exorbitante parte dessa demanda o Estado atua como o polo passivo.

A alta intensidade da demanda judicial no âmbito da saúde reflete essa busca de aproximação, ou melhor, de efetividade de um aspecto desse direito, que é o acesso aos meios materiais para seu alcance. No caso do Brasil, o Estado é o principal responsável e cumula deveres legais de proteção da saúde, no âmbito individual e coletivo, e de prover os meios para o cuidado de todos os cidadãos (VENTURA *et al*, 2010, p.03).

A título de ilustração e para maior compreensão da apreciação judicial e exemplificando a gravidade (e importância) da demanda, se faz necessário apresentar alguns julgados em que o tema é analisado. Destaca-se a importância de observar o comportamento dos tribunais sobre tais temas, buscando encontrar

se os fundamentos constitucionais, o direito à saúde e a separação dos poderes são temas de destaque¹⁰.

PROCESSUAL, CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E LEITO EM UTI. ANÁLISE SEGUNDO OS PARÂMETROS DEFINIDOS PELO STF. 1. Na hipótese dos autos, não se configura a ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado, manifestando-se de forma clara sobre a responsabilidade solidária dos entes federados. 2. Extrai-se do acórdão vergastado que o entendimento do Tribunal de origem está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária dos entes federados, de forma que qualquer deles tem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda que objetive o acesso a meios e medicamentos para tratamento de saúde. 3. Outrossim, nota-se que foi debatida matéria com fundamento eminentemente constitucional, envolvendo especialmente a garantia constitucional de direito à saúde, sendo a sua apreciação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme abstrai-se dos arts. 102 e 105 da CF. 4. No que se refere aos honorários, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.108.013/RJ (Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe de 22/6/2009) e do REsp 1.199.715/RJ (Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 12/4/2011), ambos sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, firmou o entendimento de não serem devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública, quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público à qual pertença ou que integre a mesma Fazenda Pública. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (STJ) - REsp: 1771111 CE 2018/0258119-0, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/02/2019, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2019)

O julgado exposto evidencia a preocupação no cumprimento do texto constitucional relativo à prestação do direito à saúde, trazendo à baila questões relativas à responsabilização solidária entre os entes federados.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. INADEQUAÇÃO DO WRIT. SÚMULA 7 DO STJ. 1. O mandado de segurança constitui ação constitucional de rito especial que visa proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra ilegalidade ou abuso de poder emanados de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. 2. Hipótese em que o Tribunal de origem não evidenciou a presença de tais requisitos, diante da insuficiência de elementos para se aferir que o medicamento pleiteado é o único eficaz para a enfermidade indicada na inicial, a ponto de não poder ser substituído por outros constantes nas portarias do Ministério da Saúde. 3. Concluiu a instância de origem

¹⁰ Para as análises utilizou-se a escolha de ementas. Considerando que se busca evidenciar o destaque dado pelos juízes e tribunais ao assunto, adota-se como premissa que sua relevância estaria destacada já na ementa (que serve como um resumo que sumariza a decisão). Por essa razão não se faz uma análise dos votos em específico.

que "o meio adequado para a discussão do presente embate seria a ação de conhecimento, sendo facultado à parte que necessitar da medida de urgência, utilizar-se do instituto previsto no art. 273 do Código de Processo Civil". 4. A inversão do julgado, nos termos pretendidos, demandaria a análise do conjunto fático-probatório, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no AREsp: 735518 RO 2015/0154343-3, Relator: Ministro GURGEL DE FARIA, Data de Julgamento: 22/08/2017, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2017)

Logo, a necessidade de demanda do Judiciário de forma indiscriminada deixa cristalino a falha do Estado em cumprir seu dever, dessa forma, é imperioso ao jurisdicionado pleitear seu direito conforme o princípio da inafastabilidade do Poder judiciário, artigo 5º, inciso XXXV¹¹.

o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes (BARROSO, Luís Roberto, 2012)

Por fim a solução hoje se encontra por meio das ações judiciais, e o controle de constitucionalidade como mecanismo de resposta estatal, no entanto, a solução vindoura passa por uma reforma política e que claramente ainda está distante dentro da nossa democracia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tal modo, a influência e atuação do Poder Judiciário por intermédio do Controle Jurisdicional de Constitucionalidade se perfaz hoje uma necessidade, para que direitos não sejam deixados de lado, e o administrado tenha mesmo que minimamente sua prestação estatal concedida (por muitas vezes de forma precária), uma realidade enquanto as intuições e agentes públicos não prestarem com clareza o que lhes foi designado pelo texto maior.

Logo, é indiscutível a relevância das vias jurisdicionais, por intermédio precípua do controle de constitucionalidade no que tange precipuamente ao direito à saúde, talvez um dos direitos mais básicos, e que deve ser pensado não como um direito individual, mas coletivo (social), dada a sua importância a possibilidade dentre dos limites constitucionais da intervenção do judiciário, quando provocado, tem sido primordial em nosso atual contexto social.

¹¹ Dispositivo que diz "A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito".

Ficou evidente o quão necessário foi a constitucionalização do direito à saúde, por ora, sempre violado no contexto histórico, na CRFB/88 positivado como mandamento constitucional, e direito fundamental social, e como se vê hoje pela alta quantidade de demandas judiciais que fora de grande valia esse posicionamento, pelo alto custo ao Erário e a necessidade de uma gerência estatal competente se faz este um tema por muitas vezes abordado em análise nos tribunais pátrios.

É clarividente conforme demonstrado neste artigo a problemática relativa à usurpação de competência pelo Judiciário, no entanto, este atua como garantidor de direitos daqueles que se sintam violados e busquem pelo direito de ação a solução por esta via um último escape para seu direito fundamental.

No decorrer da pesquisa muito fora abordado, no entanto, é necessário um maior aprofundamento para destrinchar todo o conteúdo de Controle de Constitucionalidade, aqui indico a obra de Luís Roberto Barroso “Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro” como também adentrar o mérito relativo às políticas públicas, campo muito estudado dentro da Ciência Política.

O controle jurisdicional de políticas públicas no tocante ao acesso à saúde é por si só um tema com um emaranhado de informações e pesquisas a respeito, seja essa a principal dificuldade do tema, de ponderar um conteúdo de qualidade e referência, portanto, este não se esgota por aqui, mas fomenta ainda mais o anseio pela pesquisa visto que a finalidade não é concluir o tema, sendo na verdade apresentar e propor a discussão e o melhor entendimento dele. Vale ressaltar que a principal preocupação foi revistar a teoria a partir do paradigma da legitimidade e como o controle de constitucionalidade visa tutelar o texto constitucional no que se refere a garantias e direitos, por fim, que o artigo possibilite novos debates e discussões sobre a importância deste controle, com o fim de cumprir o mandamento constitucional, como também assegurar a sociedade como um todo a proteção de seu direito levando ao fim de proteger a dignidade da pessoa humana, fundamento da república, estabelecido no texto constitucional.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Ano I, nº 1, p. 1-20, 2009. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2009/2009/aprovados/2009a_Tut_Col_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em 15 fev. 2019.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 059-085, Junho de 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a03.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2019. <<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100003>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto, Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, **(SYN)THESIS**, Rio de Janeiro, v.5 n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em 17 abr. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 23 nov. 2018.

DIAS, Jean Carlos. **O Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Método, 2016

HOFLING, ELOISA DE MATTOS. Estado e políticas (públicas) sociais. **Cad. CEDES**, Campinas, v. 21, n. 55, p. 30-41, Nov. 2001. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/cedes/v21n55/5539.pdf>>. Acesso em 27 fev. 2019. <<https://doi.org/10.1590/S0101-32622001000300003>>.

PAULUS JÚNIOR, Aylton; CORDONI JÚNIOR, Luiz. Políticas Públicas de Saúde no Brasil. **Revista Espaço para a Saúde**, Londrina, v. 8, nº 01, p. 13-19, dez. 2006. Disponível em: <http://www.professores.uff.br/jorge/wp-content/uploads/sites/141/2017/10/v8n1_artigo_3.pdf>. Acesso em 13 mar. 2020.

LIMA, A. R. A.; GOMES, A. Q; SANTOS, I. G. Democracia e Jurisdição: Aspectos Político-Jurídicos dos Legitimados a Propor Ações de Inconstitucionalidade Junto ao Supremo Tribunal Federal. **Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade**, v. 4, p. 1, 2018. p. 01-21.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**, 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgen_da_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v_Port1.pdf>. Acesso em 19 mar. 2019.

VENTURA, Miriam *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis, Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>>. Acesso em 27 de março de 2019. <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312010000100006>>.

A ESTÓRIA QUE A HISTÓRIA NÃO CONTA: UMA ANÁLISE SOBRE O REGIME POLÍTICO BRASILEIRO NO PERÍODO DE 1964 A 1985

JOÃO PEDRO DOS REIS PRADO¹
WELLINGTON HENRIQUE ROCHA DE LIMA²

1 INTRODUÇÃO

As palavras “ditador” e “ditadura” são frequentemente usadas no cenário político brasileiro. No que tange às narrativas políticas, essas palavras são usadas sem muito critério. Na maioria das vezes, o uso – sempre em tom pejorativo – resume-se a reforçar o motivo pelo qual determinadas bandeiras são levantadas e defendidas. As seguintes notícias em seus respectivos títulos exemplificam isso.

“Líder do governo, Joice Hasselmann celebra golpe de 64 nas redes sociais, e oposição reage” (O GLOBO, 2019). “Bolsonaro nega ditadura e diz que regime viveu probleminhas: Presidente diz em entrevista à Band que golpe de 1964 não existiu no Brasil” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020). “Marco Feliciano diz que não houve ditadura no Brasil: ‘Quer ver ditadura, eleja Haddad’” (JP, 2018). “Eduardo cita ‘novo AI-5’ como resposta à radicalização da esquerda” (MAIA, 2019). “À ONU, Brasil esconde ditadura e fala em anistiar crimes de desaparecimento” (CHADE, 2020). “Vélez diz que não houve ditadura no Brasil e quer recontar história nos livros didáticos: de acordo com o ministro da Educação, haverá

¹ Advogado; Graduado em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados/UFGD; Pós-graduando em Direito Trabalhista e Processo Trabalhista pela faculdade IBMEC e Instituto Damásio de Direito. E-mail: jpedroprado@hotmail.com

² Docente do Centro Universitário da Grande Dourados/UNIGRAN e da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul/UEMS. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense/UNIPAR. Doutorando em Direito pela Universidade de Marília/UNIMAR. Advogado. E-mail: wellington.lima@unigran.br

mudanças progressivas" nos livros didáticos para que 'as crianças possam ter a ideia verídica, real', do que foi o golpe de 1964 e a ditadura" (FÓRUM, 2019). "Odilon de Oliveira diz que governo militar 'muito fez pelo Brasil' e que não houve ditadura" (VOXMS, 2018). "Repercussão: após manifestação pró-regime militar, Bolsonaro sofre críticas" (CORREIO BRAZILIENSE, 2020).

Essas notícias revelam o comprometimento dos discursos a uma determinada agenda política, daí a necessidade de uma análise complexa tanto da realidade fática quanto do conceito abstrato das palavras "ditador" e "ditadura", pois dessa forma, expande-se a possibilidade de se fazer uma subsunção decente e substantiva de determinado regime político à definição de ditadura.

No Brasil, no que tange ao assunto ditadura ou regimes ditatoriais, na segunda metade do século XX, há duas perspectivas hegemônicas vigentes: uma associada àqueles que se identificam politicamente por esquerda, para esses o Brasil passou por 21 anos de ditadura militar, referentes ao período 1964-1985; outra, associada àqueles que se determinam politicamente como direita, para esses, não houve ditadura militar no Brasil. As duas perspectivas estão, acima de tudo, preocupadas em defender suas agendas políticas, daí a despreocupação (especialmente no diálogo com eleitores) com qualquer análise que seja mais complexa sobre o assunto, tanto em termos histórico-filosóficos, quanto em termos formais e positivistas.

O presente capítulo tem o objetivo de apresentar uma definição devida na atualidade da palavra ditadura, a fim de analisar qual o regime político vigente no Brasil no período em questão. Para tanto, seguir-se-á os seguintes passos: 1) construção do conceito devido, de acordo com a ciência política, das palavras: ditador e ditadura; 2) apresentação do contexto mundial no cenário da Guerra Fria, momento político absolutamente determinante dos contornos da história nacional; 3) apresentação do contexto histórico nacional no período em questão; 4) subsunção do conceito à realidade fática material.

Cabe ressaltar, que não há qualquer comprometimento com agenda política, nem juízo de valor sobre o que aconteceu durante o período. Ademais, direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados sempre e jamais relativizados ou condicionados.

2 O REGIME DITATORIAL: APORTES TEÓRICOS E CONCEITUAIS

A definição abstrata de um regime político ditatorial intriga todos aqueles que se preocupam com um significado honesto e adequado do termo. O modo inapropriado como a palavra ditadura é usada reflete um baixíssimo conhecimento histórico e (também) político da história nacional.

A palavra, hoje, carrega carga política complexa – acumulada e modificada ao longo dos anos – e não pode ser resumida a quaisquer formalismos ou reducionismos. O seu primeiro significado nasceu na Roma Republicana, e era, inclusive, completamente formal – positivado. No entendimento de Peter Baehr e Melvin Ritcher (2004), de um lado de acordo com o que se pode chamar de ditadura romana “clássica” ou original, tem-se um poder excepcional, mas regulado dentro do ordenamento jurídico, inclusive com respaldo constitucional, conferido de acordo com procedimentos precisamente definidos, sobre um magistrado, quando houvesse situações críticas de instabilidade política, ou seja, era um meio de confrontar um estado externo ou interno de calamidade, urgência ou perda de controle, absolutamente inclinado para o bem comum e admitido/legitimado em nome dele.

Percebe-se que o sentido e os contextos da ditadura romana são bastante diferentes da perspectiva moderna, exceto por duas semelhanças: o cenário da crise na qual era instalada e a centralização do poder. No entanto, a ditadura romana, prevista em diplomas normativos, acionava o regime ditatorial (e legitimava a existência de um ditador) em um sentido absolutamente formal. Ou seja, o “ditador” era legítimo e querido, naquele determinado momento – tendo em vista que a lei representa de forma indireta a vontade popular. Por outro lado, em consonância com Peter Baehr e Melvin Ritcher (2004) desde o século XVIII, e mais particularmente, claro, desde a Revolução Francesa, o mesmo termo serviu para se referir a despotismos ou tiranias (tradução nossa).

Após a revolução francesa, a ideia de ditadura sai do plano formal e entra num aspecto mais complexo em termos materiais de valor político-social. Ao redor do seu cerne passa a girar a separação entre vontade popular e monopólio de poder. Para Norberto Bobbio (1998), nessa espécie de Ditadura, a qual Maurice Hauriou chamou de convencional e Carol Schmitt denominou soberana, não havia qualquer relação entre o texto constitucional e o poder ditatorial, pois este não era por aquele nem previsto, nem limitado. Esse poder surgia a partir dos problemas existentes no regime que o antecedia, no entanto, esse regime ditatorial não se limitava a conter os problemas, pois o seu objetivo era um rompimento paradigmático, por meio do qual se estabeleceria, sob a ruína do antigo sistema precedente.

Apesar das mudanças pelas quais o sentido de regime ditatorial passa, a ideia de centralização do poder permanece e é reforçada. Um dos conceitos modernos mais conhecidos é a ditadura do proletariado, que passa por esse problema conceitual, pois a centralização de poder não se concilia com a ideia de uma classe (proletária) a frente dele, pois a partir de uma classe há a possibilidade de dominar através de um conjunto de regras e valores comuns, no entanto,

a dinâmica de governo precisa de uma centralização em termos valorativos e (principalmente) práticos.

Segundo Karl Kautsky (1918), uma classe, em suas condições, só pode dominar, mas não governar, pois por ditadura entende-se além de um estado de soberania, um governo. Assim, o regime ditatorial está, necessariamente, relacionado à possibilidade prática de governo, o que demanda uma pessoa ou uma organização, desta forma, o proletariado precisaria governar a partir do partido do proletariado.

Assim, a pluralidade de uma classe seria um óbice à governabilidade em termos práticos, “o problema se complica tendo em vista ser o proletariado dividido em vários partidos” (KAUTSKY, 1918, p. 36) (tradução nossa)³

A análise da ditadura do proletariado torna fácil a compreensão sobre de onde vem o poder, no entanto, numa reflexão mais genérica a respeito daquele ao redor do qual o poder se concentra: as respostas se tornam menos óbvias. Na ditadura da república romana o poder era legitimado através do ordenamento jurídico, na do proletariado, através da admissão comum da necessidade do rompimento com o regime capitalista opressor, e nos outros? Quais as fontes do poder político ditatorial?

De acordo com Gene Sharp (2010), o poder político ditatorial tem alguns pilares nos quais se sustenta, quais sejam: Autoridade, significando ela a crença popular de que o governo é legítimo de alguma forma e daí resulta um dever moral de obedecê-lo; Recurso Humano, um número substantivo e relevante de pessoas que apoiam; Habilidades e Conhecimento capazes de trazer aquilo que se promete; Fatores Intangíveis, tais como uma ideologia; Recursos Materiais, a exemplo, o controle econômico; E sanções, por meio das quais há a possibilidade de se fazer cumprir, de forma obrigatória, a agenda estabelecida.

Apesar dessas características se referirem à manutenção do poder ditatorial, elas poderiam também estar relacionadas a outros termos da ciência política, consoante Juan J. Linz (2000, *apud* SARTORI, 1962) o uso de termos como totalitarismo, autoritarismo, ditadura, despotismo e absolutismo – os quais ao longo do tempo foram colocados como opostos à definição de democracia – fez com que nos tempos modernos fique cada vez mais difícil dizer o que não é democracia.

Não há diferenças absolutas entre os termos, assim, Juan J. Linz (2000), complementa ao explicar que no século XVIII, absolutismo e despotismo se tornaram termos ideológicos e descritivos de governos que eram livres da obrigação de respeitar as leis. Depois, no século XIX e no início do século XX, após os governos constitucionais terem sido estabelecidos, na maioria dos países ocidentais

³ No original: The problem is then complicated so soon as the proletariat itself is divided into various parties.

nos quais o liberalismo e o “estado das leis” haviam se tornado símbolos do progresso político, as formas autocráticas de governo passaram a ser chamadas de ditaduras.

Portanto, em uma definição positiva do regime político ditatorial, chega-se a algumas características centrais mantidas ao longo do tempo, quais sejam: (1) centralização do poder, (2) atuação em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente (tendo em vista ser o Estado Democrático de Direito símbolo da democracia ocidental) e (3) instalação via rompimento paradigmático com a agenda política antecedente.

Ainda referindo ao termo, “com a palavra Ditadura, tende-se a designar toda classe dos regimes não democráticos especificamente modernos, isto é, dos regimes não democráticos existentes nos países modernos ou em vias de modernização [...]” (BOBBIO, 1998, p. 372). Apesar da possibilidade de traçar algumas características positivas (o que é) de definição, faz-se mister uma conceituação negativa (o que não é), a qual – necessariamente – gira em torno da ontologia do regime democrático.

A palavra democracia, em lição dada pelo professor Pasquale Cipro Neto (2003), é de origem grega e formada por dois radicais, quais sejam: “demo” que significa povo; “cracia” que quer dizer poder. Daí a famigerada frase proferida por Abraham Lincoln, em seu histórico discurso de Gettysburg, segundo o qual democracia seja “[...] aquele governo do povo, pelo povo, e para o povo, [...]”⁴.

Em se tratando de democracia, para Eduardo C. B. Bittar (2016), Tocqueville é um autor sempre associado à liberdade e à igualdade, daí o motivo pelo qual seja uma grande referência sobre o assunto. Para ele, para que haja democracia real e efetiva, realmente implantada e vivida nos mínimos atos humanos cotidianos, bem como em toda a atuação do governo, há a necessidade de um conjunto de fatores, num somatório, quais sejam: liberdade, igualdade e soberania popular. Cabe salientar que por igualdade o autor refere-se à isonomia e à equidade das pessoas em relação às leis. Assim, ao lado de liberdade e soberania popular, o estado de direito (das leis) é um dos pilares de existência do regime democrático.

Nesse mesmo sentido, porém, de forma mais analítica, Norberto Bobbio (1998) admite que as definições de democracia tendem a seguir um caminho sempre reiterado nos países de tradição democrático-liberal, o qual é norteador por alguns elementos universais, quais sejam: Elegibilidade do legislativo pelo povo de forma direta ou indireta; Separação e Independência de poderes, por meio das quais exista a possibilidade de fiscalização e imposição de limites; Participação eleitoral dos maiores de idade; Inexistência de peso nos votos, tendo

⁴ <<http://www.culturademocratica.com.br/abraham-lincoln.html>>.

todos eles o mesmo valor; Liberdade – para formar a própria opinião – no voto; Possibilidade de escolha; Defesa dos direitos das minorias – quantitativas – no processo eleitoral.

Ainda nessa toada, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (principal marco formal dos direitos humanos), em seu art. XXI, estabelece uma clara relação entre o regime democrático e os direitos fundamentais, à medida que “a vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do povo” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Assim sendo, em uma definição negativa de regime ditatorial, apresentam-se como requisitos principais: (1) Inexistência (dos mecanismos) de participação popular ampla e decisiva na tomada de decisões; (2) Ausência de um estado de direito (capaz de limitar o poder e garantir direitos fundamentais); (3) Cerceamento das liberdades individuais (impossibilidade de reais possibilidades de escolha).

3 O MUNDO EM GUERRA FRIA: A INFLUÊNCIAS DAS IDEOLOGIAS

Apesar de Estados Unidos e União Soviética terem sido aliados na segunda Guerra Mundial para controlar a agressão do denominado Eixo (Alemanha, Japão e Itália), o conflito de interesses e ideologias já era claro desde então. Uma frase do presidente Franklin Delano Roosevelt exemplifica bem essa atmosfera, “eu não suporto a ideia de comunismo, sei que você também não’ ele disse a um amigo, ‘mas para vencer isto eu daria as mãos ao diabo’”. (tradução nossa) (GADDIS, 2005, p. 62) ⁵.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, com o bombardeio de Hiroshima e Nagasaki, uma possível terceira potência mundial foi tirada de campo (Berlim sucumbiu antes. Em seguida, com as bombas, era a vez de Tóquio cair). Assim, a ordem internacional do século XIX, como ensina José Flávio S. Saraiva (2008), foi completamente modificada. O planeta Terra teria, na segunda metade do século XX dois pontos principais de poder: Washington e Moscou.

A diferença da Guerra Fria (ante as guerras convencionais) era justamente a ausência de perigo de uma terceira Guerra Mundial em termos de conflito armado naquele momento; uma vez que as duas grandes potências aceitaram a divisão de forças do período pós-guerra. Consoante Eric Hobsbawm (2003), na Europa Ocidental as linhas das demarcações foram definidas no

⁵ “I can’t take communism nor can you,” he told a friend, “but to cross this bridge I would hold hands with the Devil.”

período 1945-1947, no qual Roosevelt, Churchill e Stalin fizeram acordos. No lado oriental do globo, no entanto, a situação era menos definida, exceto pelo Japão, local ocupado pelos EUA, desde o início, unilateralmente.

O lado capitalista, que sempre se autodeclarou interessado em democracia, afirmava acreditar que um governo popular democrático era, também, o que a URSS desejava. Tanto o é que, segundo Ian Sanders (2019), Roosevelt, presidente americano na conferência de Yalta em fevereiro de 1945, disse que tinha um palpite de que Stalin não queria guerra, mas democracia.

O governo americano, na realidade, estava interessado apenas em afastar uma crise econômica, como a que acontecera após o fim da Primeira Guerra Mundial, tendo em vista que a maioria dos países envolvidos com a guerra se tornaram ruínas habitadas pelos sobreviventes, ao passo em que afirmava que “o comunismo, claro, em sua visão, tornava a Rússia ainda mais perigosa, pois reforçava a mais brutal das grandes potências com a mais implacável das ideologias utópicas de conquista de mundo” (HOBSBAWM, 2003, p. 231).

A relação EUA x URSS passou por um processo contínuo de desgaste. Os Estados Unidos se desenvolveram economicamente mais do que o a União Soviética e, além disso, no entendimento de Paulo F. Visentini e Analúcia D. Pereira (2012), o mundo migrava para um modelo de multipolaridade de poder, a Europa Ocidental e o Japão, economicamente recuperados ganhavam maior autonomia, enquanto o número de Estados Independentes crescia no Terceiro mundo.

George Frost Kennan⁶, diplomata americano, nas lições de José Flávio Sombra Saraiva (2008) chamou a atenção de Harry S. Truman, ainda em 1945, para as reais intenções da URSS. Segundo ele, Stalin não iria querer reinserir a União Soviética, em termos de reconstrução de sua economia, na lógica de abertura comercial ocidental. Para o diplomata, tão cedo a segunda guerra havia acabado, os norte-americanos deveriam ficar atentos para o antagonismo de princípios entre socialismo e capitalismo.

Kennan realmente tinha razão, “do ponto de vista de Moscou, a única estratégia racional para defender e explorar a vasta, mas frágil, nova posição de potência internacional era exatamente a mesma: nenhum acordo” (HOBSBAWM, 2003, p. 231).

Nesse contexto de antagonismo, a assistência norte-americana para a reconstrução soviética nunca aconteceu, mesmo tendo sido acordada na convenção de Teerã, como aponta José Flávio Sombra Saraiva (2008), assim, para Truman, nesse momento, os problemas adquiridos pela União Soviética durante a guerra, eram um grande trunfo.

⁶ Disponível em: <<https://www.britannica.com/biography/George-F-Kennan>>. Acesso em: 14.05.2020.

Com o passar do tempo, a Guerra Fria foi tomando seu corpo ideológico de forma cada vez mais substantiva. Truman, em um discurso em março de 1947, no qual pediu ao Congresso Americano ajuda para Turquia e para Grécia, anunciou o comprometimento Americano na segurança de pessoas vítimas de agressões e intimidações ao redor do mundo. Além disso, segundo Gaddis (2005), apresentou uma justificativa ideológica advinha do ex-presidente Woodrow Wilson, segundo a qual, o mundo não estaria dividido entre dois estilos de vida “capitalismo” e “comunismo”, mas entre democracia e autoritarismo. Essas justificativas ideológicas se mesclavam perfeitamente com “os interesses da indústria e do comércio norte-americanos com a busca obcecante pela hegemonia mundial.” (SARAIVA, 2008, p. 200)

Em resumo, o plano Truman, lançado a partir do referido discurso, defendia que os países ameaçados pelas forças armadas autoritárias do Leste, receberiam todo auxílio dos EUA. Segundo, Paulo Visentini e Analúcia Pereira (2012), essa política foi formalizada quando a Grã-Bretanha se retirou da guerra civil grega e precisou da ajuda americana. A doutrina reforçava a visão de mundo dividido, proferida por Winston Churchill no ano anterior, ao passo em que declarava que o mundo realmente era espaço de uma cruzada contra seu inimigo.

A mensagem de Truman se tornou, informalmente, um desafio declarado à União Soviética, “a tradução econômica da doutrina apareceu no mesmo ano de 1947 sob a forma de um plano do secretário de Estado George Marshall” (SARAIVA, 2008, p 201).

“O Plano Marshall, por seu turno, concedia aos governos europeus empréstimos a juros baixos, para que eles adquirissem mercadorias investissem” (PEREIRA, 2012, p. 190). O preço, obviamente, seria que os beneficiários abrissem suas economias aos investimentos americanos.

Nesse sentido que “obviamente, a URSS e as nações sob seu controle se recusaram a aceitar uma ajuda percebida como uma espécie de invasão econômica, a qual os conduziria à perda do controle político” (VISENTINI; PEREIRA, 2012, p. 190).

Josef Stalin via a entrada de capital americano no leste europeu como uma dupla ameaça, por um lado eles impulsionavam as forças anticomunistas, de outro, articulavam o poder político-militar norte-americano. Nesse sentido, como ensina José Flávio Sombra Saraiva (2008), a reação soviética se deu através de alguns pontos principais, quais sejam: O processo de militarização das fronteiras, o recrudescimento da política de espaços na Europa Oriental e o aceleração do processo de desenvolvimento da bomba atômica. “No início dos anos 50, já possuíam um efetivo militar da ordem de seis milhões de homens, o dobro em relação ao início da Guerra Fria” (SARAIVA, 2009, p. 204).

A questão da guerra e da paz agora lança uma sombra mais escura do que nos quatro anos anteriores. Segundo Melvyn Leffler e David Painter (2005), em 1949 e 1950, Stalin iniciou um grande exército por acumulação: as forças soviéticas na Alemanha aumentaram; os exércitos do Leste Europeu foram fortalecidos; um novo programa de construção naval foi lançado; e Stalin pressionou os projetistas de aeronaves a desenvolver um sistema bombardeiro de turbo jato. Esses programas fortaleceriam a capacidade soviética de atacar a Europa Ocidental.

À oposição ao Plano Marshall, a URSS criou o Conselho de Assistência Mútua Econômica (COMECON) para criar uma base de mercado comum para os países socialistas, consoante Paulo Visentini e Analúcia D. Pereira (2012), assim a Guerra fria se intensificava cada vez mais.

Com o passar do tempo, o ocidente, numa perspectiva ampla, passou a ver Stalin de uma forma muito negativa, nesse contexto, Truman se reelegeu nos Estados Unidos, e Berlim, a partir de então passaria ser o cenário de maior manifestação da dicotomia Leste-Oeste, de acordo com José Flávio S. Saraiva (2008), no lado ocidental os investimentos foram cada vez maiores para criar a vitrine adequada para o capitalismo. Já no lado oriental, começaram a brotar técnicos altamente qualificados.

A Alemanha Oriental tinha planos de se transformar num estado do proletariado, tarefa difícil, uma vez que a região era dominada pela atividade agrícola, além de ter tido, segundo John L. Gaddis (2005) a maior parte de suas indústrias para uma tentativa de recuperação.

As demonstrações de poder, as tentativas de superação, as disputas, de modo geral, nunca foram tão acirradas quanto na guerra da Coreia. Apesar de outras áreas da Ásia também terem sido palco de conflitos norte-americanos e soviéticos, essa foi a principal em termos representativos da ontologia da Guerra Fria. Segundo José Flávio S. Saraiva (2008), os resultados desse conflito foram os escombros a que o país ficou reduzido.

Com efeito, “em determinado momento do início da década de 1960, a Guerra Fria pareceu dar alguns passos hesitantes em direção à sanidade. Os anos perigosos de 1947 até os dramáticos fatos da Guerra da Coreia haviam passado sem uma explosão mundial” (HOBSBAWN, 2003, p. 239).

Em 13 de agosto de 1963 foi construído o famigerado muro de Berlim, o muro colocava fim a um impasse político e deixava as coisas mais resolvidas e claras. Só assim, a Alemanha Oriental conseguiu conter a saída das pessoas (SARAIVA, 2008). Começou a ser construído na noite de 12 de agosto de 1961, primeiro como uma barreira de arame farpado, e depois como uma parede de concreto com cerca de três metros de altura e quase cem quilômetros de

extensão, protegido por torres de vigia, campos minados, cães da polícia e ordens de atirar para matar qualquer um que tentasse atravessar (GADDIS, 2005).

O muro de Berlim, na década de 1960 é muito representativo de como o mundo estava, bem como de como as pessoas se sentiam em relação à divisão do mundo. O lado socialista era governado, no entendimento de Thomas Hoepker (2009), por mentes muito limitadas, porém muito perspicazes. Em entrevista ao *The Economist*, disse que era difícil entender como pessoas tão medíocres podiam insistir em governar com punhos de ferro, um dos motivos pelos quais o muro cairia em 1989, quando aqueles que estavam do lado oriental simplesmente decidiram que não aguentavam mais, o jornalista afirma, em suas fotos de pessoas tentando pular o muro, que era perceptível que a angústia extrapolava o medo de atravessar.

A Alemanha foi dividida entre Leste e Oeste em 1949 e reunificada apenas em 1990. O lado oriental ficou completamente aquém do ocidental em termos de qualidade de vida e, além disso, a diferença de expectativa de vida dos dois lados se tornou bastante acentuada. Consoante Tobias Vogt, Alyson Raalte, Pavel Grigoriev, Mikko Myrskylä (2017), a mortalidade acentuada no lado oriental se dava principalmente por doenças cardiovasculares e respiratórias, esse padrão se apresenta em virtude da diferença em termos da diferença econômica e social. Após a reunificação as diferenças passaram a ser suprimidas, porém, não desapareceram, prova dos efeitos da tentativa socialista a longo tempo.

A diferença entre ricos e pobres só foi se acentuando, tomando uma dimensão global, nesse contexto, há duas maneiras de encarar a situação, distintas e rivais. Essas duas visões idealizadas de mundo objetivam, no final das contas, trazer esperança. Uma delas, segundo John L. Gaddis (2005) apoia-se verdadeiramente em uma ideologia (liberdade e democracia), a outra, entretanto, sempre dependeu do medo para o seu funcionamento, daí o resultado da Guerra Fria nos dois lados. Essa dicotomia mundial definiu o futuro do mundo, e logicamente, do Brasil, um país que pensava saber aquilo que queria.

4 O REGIME POLÍTICO BRASILEIRO NO PERÍODO 1964-1985

Tendo em vista o contexto da Guerra Fria, no Brasil despontou, na segunda metade do século XX, a figura de Jânio Quadros, político carismático, o qual conseguiu, com sua “vassourinha”, vender com sucesso a imagem e o discurso de renovação do cenário político nacional. Com uma retórica contra corrupção, foi eleito com mais de 5,6 milhões de votos (votação expressiva naquele momento). Nessa época, no entanto, o texto constitucional previa a possibilidade de os eleitores votarem em candidatos presidenciais de diferentes chapas, ou seja, votar em um vice que fosse de uma chapa diferente, e, assim, João Goulart, herdeiro de

Getúlio Vargas, acabou tendo mais votos que o vice de Jânio (Milton Campos), assumindo a vice-presidência ao lado de Jânio Quadros. Esse resultado, para aqueles que apoiavam Jânio e queriam um novo começo, era um balde de água fria (REIS, 2014).

O momento político era muito representativo da dicotomia internacional, Jango e Jânio eram completamente diferentes e representavam cargas políticas opostas, mesmo assim, ambos acabaram eleitos. Diferentemente de João Goulart, Jânio Quadros era uma figura que causava dúvidas: ao mesmo tempo em que reprimia os movimentos da esquerda não deixava clara sua posição. Chegou a condecorar Che Guevara, o qual era abertamente repudiado pelos militares que sempre apoiaram Jânio politicamente. Dado seu posicionamento turvo, começou a ser atacado pelos dois lados, o que resultou em sua renúncia no dia 25 de agosto de 1961 (REIS, 2014).

A renúncia de Jânio Quadros não foi bem recebida pelos militares, pois naquele estes haviam depositado toda sua confiança, ademais, cabe salientar que a candidatura de Jânio foi feita de modo muito personalista, assim, as expectativas estavam nele, não em seu partido. De acordo com Aline Atassio (2007), o sentimento geral foi de abandono e incompreensão e a situação era realmente complicada, tendo em vista que um opositor havia sido eleito vice.

A presença de João Goulart no comando do país levava os conservadores a imaginar as piores possibilidades, ele “era líder da ala esquerda do PTB e um dos principais responsáveis pela transformação do partido getulista em aliado ao PCB” (MOTTA, 2000, p. 290).

Em meio à desconfiança, “Jango assumiu o governo em setembro de 1961, com os poderes castrados por um parlamentarismo” (REIS, 2014, p. 21), o qual não era tido como uma decisão final pelos militares, os quais tradicionalmente se opõem ao parlamentarismo, que, naquele momento, era apenas uma saída capaz de contornar o mau momento político (MOTTA, 2003). Aconteceu que, mesmo com a solução improvisada, logo no mês de maio de 1962, João Goulart anunciou que anteciparia a realização do plebiscito por meio do qual a população brasileira escolheria entre presidencialismo e parlamentarismo (ATASSIO, 2007). Assim, de acordo com Rodrigo Patto Sá Motta (2003) a esquerda passou a realizar uma propaganda forte para que houvesse o retorno do presidencialismo e Jango retomasse seus poderes, o resultado: parlamentarismo derrubado e adoção, novamente, do presidencialismo.

Jango recuperou os poderes presidenciais em 1963, antes, tentara um golpe em outubro, por meio de uma carta solicitando ao congresso um estado de sítio, no entanto, viu-se abandonado pela esquerda. Vindo posteriormente a infletir o governo em sua direção, propôs reformas, contudo, alimentava-se um governo em crise, e à tensão política somava-se um declínio econômico, a inflação

passara de 50% em 1961 para 75% no ano seguinte, e os primeiros meses de 1964 projetavam 140% (GASPARI, 2002).

Jango, imediatamente, fez um discurso no qual anunciou todas as reformas que viriam a ser suas bandeiras, caminhava a passos largos rumo a uma república sindicalista, baseada na agenda da esquerda, assim, poderia se perpetuar no poder, como Getúlio Vargas. (MOTTA, 2003). Além da crise financeira econômica, as greves se tornavam rotineiras, passando de 154 em 1962 para 302 em 1963. O governo gastava demais e arrecadava de menos, acumulando um déficit de 504 bilhões de cruzeiros, equivalente a mais de um terço do total das despesas (GASPARI, 2002).

Jango se inclinava aos militares em busca de apoio, concedeu, inclusive um aumento de 55% de salário, buscado há muito tempo pela classe. No entanto, enquanto João Goulart tentava acalmar os ânimos da direita, seu cunhado e aliado, Leonel Brizola, pressionava o governo cada vez mais, e incitava manifestações contrárias ao janguismo. Brizola, ao perceber que as intenções de Jango eram diferentes das suas criou o “Grupo dos Onze” com o qual começou a elaborar seu próprio projeto de tomada de poder (ATASSIO, 2007). De acordo com Rodrigo Patto Sá Motta (2003) durante o ano de 1963 não havia rumores de que o governo entraria em um conflito fático com as forças armadas. No entanto, um dos maiores estopins da crise estava por acontecer.

O ministro do Exército, no dia 12 de setembro de 1963, lançou uma nota que desautorizava quaisquer atitudes de rebeldia vinda dos sargentos, no entanto, em menos de 24 horas depois do anúncio, explodiu uma rebelião deles. A revolta que se iniciou na Marinha contou com o apoio dos sargentos do Exército e da Aeronáutica. Desse episódio surgiram as principais movimentações golpistas por parte dos militares (ATASSIO, 2007). Nesse contexto, Jango, em meio à maior crise militar que vivenciara, foi ao encontro dos sargentos, pois o Ministro da Marinha havia prendido doze graduandos que haviam transformado a Associação de Marinheiros e Fuzileiros Navais numa entidade para sindical, que relevantemente era monitorada pelo Partido Comunista (GASPARI, 2002). Após o evento de prisão desses doze graduandos, que haviam transformado uma tosca Associação de Marinheiros e Fuzileiros Navais numa entidade para sindical monitorada pelo Partido Comunista, diversos sargentos, cabos e marujos amotinaram-se no palácio do Aço, sede do sindicato dos metalúrgicos do Rio de Janeiro, controlado também pelo Partido Comunista Brasileiro, e por quatro dias se recusaram a abandonar os graduandos presos.

Essa crise, só terminaria após oficiais do Gabinete Militar da Presidência irem ao sindicato e se sentarem à mesa de negociações com o líder da rebelião, momento esse da qualificação da dupla humilhação para a oficialidade da Marinha. Primeiro porque os marinheiros, presos, foram levados aos quartéis do

exército, segundo porque logo após a soltura desses, seguiram para uma passeata pelas ruas do Rio contra os oficiais. Esse episódio ensejou a demissão do Ministro da Marinha, deixando Jango, naquele momento, sem oficial da ativa para escolher o substituto. (GASPARI, 2002).

Somava-se a essa crise institucional a crise econômica pela qual passava o governo. No ano de 1964 a inflação se encontrava em 140%, a renda per capita dos trabalhadores sofria encurtamento e os investimentos estrangeiros eram cada vez menores, o que aumentava o déficit. Aumentaram-se as greves e as reivindicações, as quais eram muito malvistas pelos militares, pois para eles, esses movimentos faziam parte da estratégia comunista de penetração no país (ATASSIO, 2007).

No dia 13 de março de 1964, o então presidente foi ao comício na Central do Brasil, momento no qual falou sobre a reforma da constituição, a reforma agrária, o voto dos analfabetos e ainda sobre a legalidade do partido comunista. No mesmo comício, porém mais exaltado, Brizola falou sobre dissolver o congresso Nacional, para colocar no poder pessoas do povo, camponeses e trabalhadores (ATASSIO, 2007).

Segundo Rodrigo Patto Sá Motta (2003) o comício na Central do Brasil foi a gota d'água, consagrou o momento decisivo de articulação e alarme da direita brasileira. A reação se deu muito rapidamente, mulheres de São Paulo se organizaram no que ficou conhecido como a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, ato que reuniu uma quantidade imensa de pessoas unidas pelo sentimento anticomunista.

Em meio às diversas manifestações dos militares, sejam elas, favoráveis ou contrárias a Jango, no dia 31 de março de 1964 o exército dormiu janguista e no dia 1º de abril acordou golpista. Para que Jango obtivesse êxito em sua empreitada, precisaria ele golpear o Congresso, intervir nos governos de Minas Gerais, São Paulo e Guanabara, expurgar uma parte da oficialidade das Forças Armadas, censurar a imprensa, amparar-se no “dispositivo”, na “sargentada” e na máquina sindical comunista, contudo, essa empreitada Jango não realizou, e com o desgaste dos que discursavam através da retórica, vigorosos “mandando brasa”, murchavam como balões furados, frente à personalidade de Jango de não enfrentar o caminho da coragem, mas sim da pacificação do litígio, tornando-se um pacato vacilante. (GASPARI, 2002).

Elio Gaspari (2002, p. 87) discorre que “com o tempo, cristalizou-se em torno das 48 horas de 1964 um acordo historiográfico entre vencedores e vencidos”. Foi nesse caminhar que “a apologia dos vencedores, procurando abrir a porteira das adesões, estabeleceu que Jango foi derrubado pela suposta vontade geral do povo e das Forças Armadas”. À medida que a “necrologia dos vencidos, procurando fechar o diafragma das responsabilidades, atribuiu à inércia de Jango

a causa do desmoronamento do “dispositivo” militar e político sobre o qual se abrigava o radicalismo”.

A retirada de João Goulart do poder foi um golpe tanto em termos formais quanto em termos materiais. Formalmente porque naquele momento, só poderia haver decretação de vacância se o presidente não estivesse no país, e Janto estava em território nacional (GASPARI 2002), materialmente porque fora eleito vice-presidente em um contexto no qual a população podia compor a chapa presidencial através do voto, ou seja, era tão legítimo quanto Jânio Quadros.

Canotilho (2003) afirma que o poder constituinte visa criar normas jurídicas de valor constitucional relativas a um povo em um determinado contexto histórico e que, assim, ele significa a carga política mais elevada da vontade popular. Nesse sentido, não há como legitimar o golpe de 1964 sob o argumento de que grande parte da população temia a aproximação de João Goulart ao comunismo, uma vez que ele, tão legítimo quanto Jânio Quadros, fora eleito em termos absolutamente constitucionais. Além disso, nas lições de Afonso Arino de Melo Franco (2019), a superioridade da constituição sobre a lei ordinária visa imunizar certas normas (da organização política e certas garantias, também fundamentais da pessoa humana), declaradas pelo Supremo Poder Constituinte, contra interesses imediatos e paixões efêmeras.

O sucessor de João Goulart, de início, seria Ranieri Mazzilli, visto que a Constituição determinava que, em caso de Vacância da Presidência, na segunda metade do mandato do seu titular, a vaga deveria ser preenchida pelo presidente da Congresso. Nas lições de Elio Gaspari (2002), foi formada, durante a madrugada, a menor comitiva de posse de um presidente da história da República, cujo objetivo era apenas preencher a necessidade de um desfecho que parecesse legítimo. Segundo o historiador, enquanto Mazzilli tomava posse o presidente pousava em Porto Alegre.

Jango caiu no dia 1º de abril de 1964 e o regime constitucional de 1946 nos dias seguintes. No dia 5 de abril, um ato constitucional provisório que previa uma fornada de cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos pelo prazo máximo de 5 anos chegou aos generais Humberto de Alencar Castelo Branco e Artur da Costa e Silva. Esse ato ligeiramente transformou-se em Ato Institucional (GASPARI, 2002). O Ato Institucional nº 1 – AI, nas lições de Boris Fausto (1995) estabeleceu a eleição de um novo presidente da República, por votação indireta do congresso nacional, sendo o general Castelo Branco eleito presidente com mandato até 31 de janeiro de 1966.

A manutenção da ideia de democracia, no entanto, durou pouco tempo, “para evitar a radicalização dos setores mais conservadores Castelo lança o AI-2, suspendendo a Constituição de 1946, as eleições diretas para presidente e desativando o pluripartidarismo” (ALMEIDA, 2013, p. 484). Restam apenas dois

partidos no Brasil, ARENA e MDB. Numa tentativa de copiar o modelo americano de bipartidarismo.

Chega então o momento no qual o regime ditatorial é, nas palavras de Elio Gaspari (2002) escancarado. Em 1968 foi instalado o Ato Institucional número 5 – AI-5, sendo o que mais atingiu os direitos civis e políticos. Por meio dele: o congresso nacional foi *fechado*, passando o presidente Costa e Silva a governar centralizadamente; foi suspenso o *habeas corpus* para crimes contra a segurança nacional; além disso, todos os atos do AI-5 foram tirados do alcance do poder jurisdicional. Foram cassados mandatos e suspensos direitos políticos. Tanto é que o vice do próprio Costa e Silva (quando este faleceu em 1969), Pedro Aleixo, foi impedido de assumir a presidência (CARVALHO, 2008).

Em outubro de 1969, Costa e Silva ainda estava vivo, no entanto, sem possibilidades de recuperação. Assim, a junta militar declarou vagos os cargos de presidente e vice (mesmo estando Pedro Aleixo completamente capaz de assumir). Então o Alto Comando das Forças Armadas escolheu o general Emílio Garrastazu Médici, gaúcho descendente de italianos, cujo mandato duraria de 10 de outubro de 1969 a 15 de março de 1974. Em seu governo o Brasil passaria pelo “Milagre Brasileiro” com crescimento anual médio do PIB de 11,2%, com pico em 1973, em 13%. Houve também uma grande expansão do comércio exterior (FAUSTO, 1995). O crescimento foi usado como meio de legitimar de muitas atrocidades dos conhecidos anos de chumbo.

Nesse caminhar, “tal como acontecera com Castelo Branco, Médici não conseguiu fazer seu sucessor. O nome escolhido pelas Forças Armadas para suceder-lhe, em meados de 1972, foi o do general Ernesto Geisel” (FAUSTO, 1995, p. 488). Ele representava a volta da facção moderada castelista, também chamada da Sorbonne, em um momento no qual o governo ainda desfrutava de bons índices econômicos. Esse grupo colocaria em prática um projeto de liberação por etapas do regime que fora interrompido na sucessão de Castelo Branco. Geisel deixa clara a sua oposição às torturas e opressões ocorridas nos porões, ao mesmo tempo em que mantinha sob o controle militar a maioria no congresso para garantir a redemocratização controlada. Nesse cenário, as eleições estaduais de 1974, eram de importância estratégica para os castelistas, uma vez que a vitória seria muito simbólica da aprovação popular desse grupo (ALMEIDA, 2013).

Geisel apertou o cerco, introduzindo em abril de 1977 uma série de medidas que ficaram conhecidas como o pacote de abril. O pacote foi baixado depois da crise entre o Executivo e o Congresso, quando o governo não conseguiu quórum para as alterações constitucionais. O presidente colocou o congresso em recesso e a partir daí emendou o texto constitucional de forma ditatorial. Entre as medidas estava a figura do senador biônico, cujo objetivo era impedir que o MDB (oposição) viesse a ser maioria no congresso nacional. Ao mesmo tempo, o

governo iniciou em 1978 encontros com líderes da oposição para encaminhar a restauração das liberdades públicas. (FAUSTO, 1995). Em outubro de 1978 o Congresso Nacional aprovou a emenda constitucional nº 11, que entrou em vigor em janeiro de 1979. Seu objetivo principal foi revogar o AI-5. “A partir de então o executivo não poderia mais declarar o congresso em recesso, cassar mandatos, demitir ou aposentar funcionários públicos, privar cidadãos de seus direitos políticos. O direito de requerer *habeas corpus* foi também restaurado em sua plenitude” (FAUSTO, 1995, p. 494).

Geisel, diferentemente dos outros, conseguiu fazer seu sucessor, foi ele o general João Batista Figueiredo, seu vice foi o ex-governador de Minas Gerais, Aureliano Chaves, eles tomaram posse em março de 1979. Essa chapa derrotou a do MDB. Segundo Boris Fausto (1995), o governo Figueiredo combinou duas coisas que todos achavam impossíveis, quais sejam: a ampliação da abertura e o aprofundamento da crise econômica. Todos tinham em mente que a crise econômica geraria uma instabilidade social o que demandaria uma atitude autoritária do governo.

A lei da anistia foi aprovada em agosto de 1979, consoante Almeida (2013) optou-se por anistia ampla e irrestrita. Para tentar quebrar a força da oposição no congresso. Segundo Boris Fausto (1995), o governo obteve aprovação da Nova Lei Orgânica dos Partidos, a qual extinguiu o MDB e a ARENA, os quais se tornaram PMDB e PDS, respectivamente.

Figueiredo manteve o calendário eleitoral que previa eleições para novembro de 1982. Em novembro de 1982, mais de 48 milhões de brasileiros foram às urnas para eleger vereadores a governadores de estado. Finalmente, no dia 15 de janeiro de 1985, Tancredo e Sarney obtiveram uma vitória nítida no Colégio Eleitoral, marcando, então, o fim do regime militar (FAUSTO, 1995).

CONCLUSÃO

Em retomada do conceito abstrato de regime ditatorial. Primeiro, em sua definição positiva – o que é ditadura – ele se apresenta através de três principais características, como dito acima, quais sejam: centralização do poder, atuação em desconformidade com o ordenamento jurídico vigente (tendo em vista ser o Estado Democrático de Direito símbolo da democracia ocidental) e instalação via rompimento paradigmático com a agenda política antecedente.

Ademais, cabe salientar a necessidade da definição negativa – o que não é democracia – desse regime, ao redor da qual giram as seguintes principais características: Inexistência (dos mecanismos) de participação popular ampla e decisiva na tomada de decisões; Ausência de um estado de direito (capaz de limitar

o poder e garantir direitos fundamentais); Cerceamento das liberdades individuais (impossibilidade de reais possibilidades de escolha).

Preliminarmente, far-se-á a subsunção das definições à entrada dos militares no executivo, com Castelo Branco. O rompimento com a democracia é irrefutável pelos seguintes motivos: 1º) João Goulart era legítimo e representava a vontade popular pois o fato de existir no texto constitucional, então vigente, a possibilidade de eleger o vice-presidente de uma chapa dissociada do presidente eleito, traz um meio de haver um sucessor que tenha princípios antagônicos, em termos de agenda política, o que não inviabiliza o pleno exercício democrático, ao contrário, o reafirma; 2º) Em uma perspectiva puramente formal, o fato de Jango estar em território nacional torna a declaração de vacância da presidência absolutamente inconstitucional.

Assim sendo, logo no início do regime militar, há que se falar em ditadura, uma vez que: a vontade da população votante é ignorada, e o ordenamento constitucional é desrespeitado, resultando em um rompimento autoritário com o sistema hegemônico vigente.

Com o lançamento do AI-2, sem sombras de dúvidas, o regime democrático é ainda mais afetado, tendo em vista que o congresso é resumido a dois partidos ARENA e MDB, sendo o segundo, consoante Daniel A. Reis (2014), uma oposição consentida.

Sob a implementação do AI-5 repousam todos os requisitos de um regime ditatorial, pois os direitos políticos e civis foram suprimidos e foi esvaziado o valor do ordenamento jurídico. Ademais houve completa centralização de poder – no executivo federal – com o fechamento do congresso e não havia qualquer possibilidade de participação popular.

Não obstante a irrefutável perda de fôlego do regime militar com a revogação do AI-5 em janeiro de 1979, não se pode dizer que houve retomada da democracia, tendo em vista que os mecanismos de decisão popular não foram completamente reestabelecidos. Apesar da campanha das Diretas-Já terem tido uma adesão formidável, segundo Daniel A. Reis (2014), a campanha pelas eleições diretas não surtiu o efeito esperado e a emenda Dante de Oliveira (que restauraria o voto direto para as eleições presidenciais) não conseguiu quórum necessário para sua aprovação. O que resultou na eleição indireta, em 15 de janeiro de 1985 de Tancredo Neves e Sarney, pondo fim aos 21 anos de regime militar ditatorial.

O historiador Elio Gaspari (2002) relata que o ex-tenente do Exército Marcelo Paixão de Araújo que torturou presos de 1968 a 1971 em Belo Horizonte, ao ser ouvido em depoimento disse o seguinte: “Quem assinou o AI-5? Não fui eu. Ao suspender garantias constitucionais, permitiu-se tudo o que aconteceu nos porões”.

A direita brasileira que hoje aparece nas manchetes dos mais variados jornais negando que o regime militar foi uma ditadura tem uma diferença em relação àquela que em 19 de março de 1964 ia às ruas na emblemática Marcha da Família com Deus pela Liberdade: a história.

Assim, negar a ditadura brasileira é assinar o AI-5 novamente com a consciência clara de seus desdobramentos. No entanto, não há como marchar com Deus rumo a um regime ditatorial, uma vez que, como ensina o apóstolo João, “Quem não ama não conhece a Deus, porque Deus é amor” (A BÍBLIA, 2000).

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. **O amor de Deus**. 2. ed. São Paulo: Geográfica, 2000.1528 p. Velho Testamento e Novo Testamento.

ALMEIDA, João Daniel L. **História do Brasil**. Brasília: FUNAG, 2013.

ATASSIO, Aline Prado. **A batalha pela memória: os militares e o golpe de 1964**. Dissertação de Mestrado: PPG de Ciências Sociais. São Carlos: UFSCar, 2009.

BAEHR, Peter; RITCHER, BITTAR, Eduardo C. B. **Teoria do Estado: Filosofia Política e Teoria da Democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

BOBBIO, Norberto. **DICIONÁRIO DE POLÍTICA**. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.

CALEGARI, Luiza. “Eu não sou candidato a ditador do Brasil, o Bolsonaro é’, diz Ciro”. **EXAME**, São Paulo, 21 mai. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/eu-nao-sou-candidato-a-ditador-do-brasil-o-bolsonaro-ediz-ciro/>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003 a 2013.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CHADE, Jamil. “À ONU, Brasil esconde ditadura e fala em anistiar crimes de desaparecimento”. **UOL**, São Paulo – SP, 15 jan. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/jamil-chade/2020/01/15/ditadura-brasil-governo-bolsonaro-relatorio-onu.htm>>. Acesso em 01 abr. 2020.

CORREIO BRASILIENSE. “Repercussão: após manifestação pró-regime militar, Bolsonaro sofre críticas”. **Correio Brasiliense**, Brasília – DF, 19 abr. 2020. Disponível em: <https://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/politica/2020/04/19/interna_politica,846293/repercussao-apos-manifestacao-pro-regime-militar-bolsonaro-sofre-cri.shtml>. Acesso em: 01 mai. 2020.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 2. ed. São Paulo: USP. 1995.

FOLHA DE SÃO PAULO. “Bolsonaro nega ditadura e diz que regime viveu probleminhas”. **Folha de São Paulo – São Paulo**, SP, 27 mar. 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/nao-houve-ditadura-teve-uns-probleminhas-diz-bolsonaro-sobre-regime-militar-no-pais.shtml>>. Acesso em: 01 mai. 2020

FORUM. "Vélez diz que não houve ditadura no Brasil e quer recontar história nos livros didáticos: De acordo com o ministro da Educação, haverá mudanças progressivas" nos livros didáticos para que "as crianças possam ter a ideia verdadeira, real", do que foi o golpe de 1964 e a ditadura". Fórum Educação – Santos, SP, 03 abr. 2019. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/politica/velez-diz-que-nao-houve-ditadura-no-brasil-e-quer-recontar-historia-nos-livros-didaticos/>>. Acesso em: 10 mai. 2020.

FRANCO, Afonso Arinos Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro** – Coleção Constitucionalismo Brasileiro. 3. edição. Rio de Janeiro: FORENSE, 2019

GADDIS, John L. **The Cold War: A new History**. 1. ed. New York: The Penguin Press, 2005.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: O breve século XX 1914-1991**. 2. ed. São Paulo: Schwarcz, 2003.

HOPKER, Thomas. **The Economist**. 2009. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Z8BojR2BEt8>>. Acesso em 03 jul. 2019.

JP. "Marco Feliciano diz que não houve ditadura no Brasil: 'Quer ver ditadura, eleja Haddad'". **JOVEM PAN**, São Paulo – SP, 26 out. 2018. Disponível em <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/marco-feliciano-diz-que-nao-houve-ditadura-no-brasil-quer-ver-ditadura-eleja-haddad.html>. Acesso em 22 fev. 2020.

KAUTSKY, Karl. **The Dictatorship of the Proletariat**. 1918.

LEFFER, Melvyn P.; PAINTER, David S. **ORIGINS OF COLD WAR: An International History**. 2. ed. New York: Routledge, 2005.

LINZ, Juan J. **TOTALITARIAN and AUTHORITARIAN REGIMES**. Colorado: Lynne Rienner Publishers, 2000.

MAIA, Mateus. "Eduardo cita 'novo AI-5' como resposta a radicalização da esquerda". **PODER 360**, São Paulo – SP, 09 ago. 2019. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/congresso/novo-ai-5-pode-ser-resposta-a-radicalizacao-da-esquerda-diz-eduardo-bolsonaro/>>. Acesso em 30 abr. 2020.

MCCOLLISTER, Rolfe. "Publisher: "Obama acting more and more like a dictator as end of term nears". **BUSINESS REPORT**, 25 mai. 2016. Disponível em: <https://www.businessreport.com/politics/publisher-president-obama-acts-like-dictator>. Acesso em: 15 mai. 2019.

BAEHR, Peter; RICHTER, Melvin. **Dictatorship in History and Theory: Bonapartism, Caesarism, and totalitarianism**: 1. ed. New York: Cambridge University Press, 2004.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **Em guarda contra o perigo vermelho – o anticomunismo no Brasil (1917-1964)**. São Paulo: Perspectiva/Fapesp, 2002.

MOTTA, Rodrigo Patto Sá. **EM GUARDA CONTRA O PERIGO VERMELHO: O ANTICOMUNISMO NO BRASIL (1917-1964)**. São Paulo: 2000.

NETO, Pasquale C. **Por falar em Hibridismo...**: Disponível em: <<https://www20.opovo.com.br/app/colunas/aopedaleta/2003/02/07/noticiasaoopedaleta,224243/por-falar-em-hibridismo.shtml>>. Acesso em 10 jul. 2019.

NEVES, Ernesto. "Alberto Goldman compara Dória a Hitler: 'ditador'". **VEJA**, São Paulo, 4 jan. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/radar/alberto-goldman-com-paradoria-a-hitler-ditador/>>. Acesso em 15 mai. 2019.

O GLOBO. "Líder do governo, Joice Hasselmann celebra golpe de 64 nas redes sociais, e oposição reage. Deputada do PSL-SP diz que 'verdadeira narrativa' está sendo retomada;". **O GLOBO**, São Paulo, 25 mar. 2019. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/lder-do-governo-joyce-hasselmann-celebra-golpe-de-64-nas-redes-sociais-oposicao-reag-e-23550816>>. Acesso em: 01 jan. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. Presidente diz em entrevista à Band que golpe de 1964 não existiu no Brasil". **Folha de São Paulo**, São Paulo – SP, 27, mar. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/03/nao-houve-ditadura-teve-uns-probleminhas-diz-bolsonaro-sobre-regime-militar-no-pais.shtml>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

REICH, Robert. "Dictator Trump". **THE AMERICAN PROSPECT**, 19 fev. 2019. Disponível em: <<https://prospect.org/article/dictator-trump>>. Acesso em: 15 mai. 2019.

REIS, Daniel A. **Ditadura e Democracia no Brasil: Do golpe de 1964 à constituição de 1998**. 1. ed. São Paulo: Zahar, 2014.

SANDERS, Ian. **Ideology of the Cold War: Capitalism vs Communism**. 2019. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=co5ut5cfquk>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

SARAIVA, José Flávio S. **História das Relações Internacionais Contemporâneas: da sociedade internacional do século XIX à era da globalização**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SHARP, Gene. **From DICTATORSHIP to DEMOCRACY. A Conceptual Framework for Liberation**. 4. ed. The Albert Einstein Institution, 2010.

VISENTINI, Paulo F.; PEREIRA, Analúcia D. **História Mundial Contemporânea (1776-1991): Da independência dos Estados Unidos ao Colapso da União Soviética**. 3. ed. Brasília: FUNAG, 2012.

VOGT, Tobias; RAALTE, Alyson V.; GRIORIEV, Pavel; MYRSKYLA, Mikko. (2017) **The German East-West mortality difference: two crossovers driven by smoking**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/316882823_The_German_EastWest_Mortality_Difference_Two_Crossovers_Driven_by_Smoking>. Acesso em 01 de jul. 2019.

VOXMS. "Odilon de Oliveira diz que governo militar 'muito fez pelo Brasil' e que não houve ditadura". **VOXMS**, Campo Grande - MS, 11 mai. 2018. Disponível em: <<https://voxms.com.br/politica/odilon-de-oliveira-diz-que-governo-militar-muito-fez-pelo-brasil-e-que-nao-houve-ditadura/>>. Acesso em 09 jan. 2020.

WULFSOHN, Joseph A. "Bernie Sanders refuses to call Venezuela's Maduro 'dictator', says 'democratic operations taking place'". **FOX NEWS**, 25 fev. 2019. Disponível em: <<https://www.foxnews.com/politics/bernie-sanders-refuses-to-call-venezuelas-maduro-dictator-says-democratic-operations-taking-place>>. Acesso em 15 mai. 2019.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NOS APLICATIVOS DE MENSAGEM INSTANTÂNEA

WILLIAN ALVES PAGNONCELLI¹

1. INTRODUÇÃO

Os profissionais de saúde, em sua rotina, têm absorvido as transformações dos avanços tecnológicos do século XXI. Ter o contato do médico da família anotado em uma agenda ao lado do telefone da sala de suas casas para ser utilizado em caso de emergências é cada vez mais raro. Em seu lugar, ter o contato do médico nos aplicativos de mensagem instantânea, para comunicação em tempo real, facilita a aproximação com a saúde e a relação médico paciente. Porém, quando algum ruído acontecesse nessa comunicação e o resultado foge do que se espera, o Direito é chamado para tentar identificar a responsabilização dos agentes envolvidos e sua parcela de culpa ou dolo nos danos causados, o que nem sempre é uma tarefa fácil em uma área tão nova e volátil.

Quando os operadores do Direito se lançam a analisar os efeitos jurídicos das condutas que tem como plano de fundo o uso de novas tecnologias, não raras vezes, o resultado, implica em interpretações inovadores de institutos jurídicos já estabelecidos.

O presente artigo analisa as implicações do uso de novas ferramentas no contexto já consagrado da relação médico paciente e as implicações de ordem da responsabilidade civil no Direito brasileiro.

Foi utilizada a metodologia científica na captura de jurisprudência de temas semelhantes à utilização de novas tecnologias na comunicação e revisão

¹ Bacharel em Direito, da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados. Tecnólogo em Gestão e Marketing de Pequenas e Médias Empresas pela Universidade Anhanguera-UNIDERP e especialista em Gestão Pública pela Faculdade de Administração, Ciências, Educação e Letras. E-mail: willianpagnoncelli@gmail.com.

bibliográfica na busca por fornecer um panorama sobre a responsabilidade civil dos médicos.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL – COMENTÁRIOS DE UM VELHO TEMA.

A palavra responsabilidade tem origem no latim, “*respondere*”, que remete a ideia de uma segurança ou garantia da compensação ou restituição, levando sempre a uma ideia de contraprestação, equivalência.

A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de um ato por ela mesma praticado, por pessoa ou por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ, 2008, p. 35).

Assim, como diz Matielo, ao indivíduo é dado agir, em sentido amplo, da forma como melhor lhe indicar o próprio discernimento(...) mas, ainda que normatização inexista a regular o caso, o homem é sempre responsável por toda e qualquer conduta que adotar (MATIELO, 2014, p. 69). Em resumo, para Alcântara, seu fundamento reside na:

alteração do equilíbrio social, produzida por um prejuízo causado a um dos seus membros. O dano sofrido por um indivíduo preocupa todo o grupo porque, egoisticamente, todos se sentem ameaçados pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos, menores, iguais e até maiores (ALCÂNTARA, 1971, p. 81).

Há hoje duas teorias dominantes de responsabilização civil dos agentes no direito brasileiro: a responsabilidade subjetiva e a objetiva, como veremos brevemente. Os casos expostos no presente artigo limitam-se a breves exposições de caráter exemplificativo que não carregam a intensão de esgotar o tema, mas tem a intensão de levantar situações controversas da vida cotidiana, oriundas de um novo modo de relacionamento entre profissionais para trazer o tema à mesa de discussões à luz do Direito.

1.1 Conceitos e Classificações

A responsabilidade civil subjetiva pode ser definida como aquela que se impõe a uma conduta humana (ação ou omissão) que viole o direito de uma segunda pessoa. Diz-se subjetiva a responsabilidade quando se baseia na culpa do agente, que deve ser comprovada para gerar a obrigação indenizatória (MATIELO, 2014, p. 70).

É necessário que haja nesta responsabilidade um sujeito ativo, um sujeito passivo, a existência de um dano sofrido e que haja um nexos causal entre

elas. Por exemplo, quando há uma complicação de uma cirurgia de grande porte, a vítima evolui para um tromboembolismo pulmonar e óbito onde a família deseja responsabilizar o cirurgião como autor pelo desfecho. Aqui deve-se comprovar que a *tromboembolia* foi resultado de uma ação ou omissão, por negligência, imprudência ou imperícia do médico para haver alguma responsabilização do dano causado. Não é automático.

Por sua vez, a responsabilidade objetiva, é “baseada na justiça do “olho por olho” e do “dente por dente” do Talião, preocupada com o aspecto patrimonial em prejuízo das pessoas... Longe de significar a volta do primitivismo, reflete a sensibilidade do doutrinador ante os fenômenos sociais, consequentes e inevitáveis nos tempos de hoje” (FRANÇA, 2017, p. 144). Assim, em apertada síntese, diz-se que a responsabilidade é objetiva quando independe de dolo ou culpa do agente causador do dano (NADER, 2016, p. 43).

O código civil em vigor, em seus artigos 186, 927, parágrafo único, e 951, conserva a regra geral da responsabilidade civil subjetiva, porém estabelecem uma verdadeira *clausula* geral ou aberta da responsabilidade objetiva.

Art. 186 Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927 § único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Art. 951 O disposto nos artigos 948, 949 e 950 aplica-se ainda nos casos de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Tecido breves comentários a respeito da responsabilidade civil objetiva e subjetiva, fica necessário apresentarmos pontos destas responsabilidades enquadrando nos profissionais de saúde, especificamente médicos.

1.2 Responsabilidade Civil do Médico e a Influência no direito do consumidor

Podemos dizer que a responsabilidade civil do médico ocorre a partir da constatação da culpa do médico em sentido amplo. A culpa poderá estar presente como culpa no sentido estrito ou sob a forma de dolo. A culpa no sentido estrito pode ser entendida como um agir por parte do médico sem intenção de causar dano ao paciente, como reforçam os ensinamentos de Danieli Oliveira, mas o profissional, mesmo que de forma inconsciente adota conduta errada, causando lesão ao paciente devido a defeito em sua conduta. O dolo médico será caracterizado quando o

profissional age com consciência, na intenção de provocar um resultado danoso, ou de alguma forma assume o risco de sua ocorrência” (OLIVEIRA, 2008, p. 198).

Assim, continua a autora, a responsabilidade que rege a medicina é, em regra, a responsabilidade subjetiva. Vale sempre reforçar que o profissional tem o dever de atuar de forma diligente e utilizando de todos os meios adequados com esmero cuidado. De modo que, ocorrerá indenização para aquele que, submetido a conduta médica venha, por meio desta, sofrer prejuízos, queira de ordem patrimonial ou não, de ordem material ou não.

Mantendo a ideia, Croce complementar no sentido que se denomina responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na órbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o escúlpio assume uma obrigação de meio e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica propostas e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato. (CROCE, 2002, p. 72).

No que concerne à, junto com os autores supracitados, Matielo vai dizer que responsabilidade civil dos médicos, segue-se, a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos. Em princípio, a contratação não engloba qualquer obrigação de curar o doente ou de fazer melhorar a qualidade de vida desfrutada, porque ao profissional incumbe a tarefa de empregar todos os cuidados possíveis para a finalidade última – e acima de tudo moral – de todo tratamento, ou seja, a cura seja alcançada. Todavia, a pura e simples falta de concretização do desiderato inicial de levar à cura não induz a existência da responsabilidade jurídica, que não dispensa a verificação da culpa do médico apontado como causador do resultado nocivo” (MATIELO, 1998, p. 72).

Fica patente que para que possa existir a culpabilização de erro médico e sua responsabilidade civil, os prejuízos suportados pelo paciente devem decorrer da imperícia, da negligência ou da imprudência² do profissional prescritor.

É importante verificarmos que a relação do profissional encontra guardada no direito consumerista que tangencia todo o processo no caso dos médicos. Para que consigamos ter um panorama mais nítido dessa relação no direito

² A imprudência nada mais é do que a falta de cautela, cuidado por conduta comissiva, positiva, por ação. Por sua vez, a imperícia decorre de falta de habilidade ou inaptidão no exercício da atividade técnica. Negligência é a ausência de cuidado razoável exigido nas circunstâncias.

brasileiro, é importante esclarecer que, em regra, essa relação é tida como uma relação de consumo e assim tutelada, em parte, atualmente pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC, como abordaremos.

Até o advento do CDC, em 1991, praticamente não existia uma legislação que resguardasse o consumidor³ dos riscos expostos na relação de consumo. Em geral, estes suportavam os danos resultantes de um produto ou serviço⁴ defeituoso. A responsabilização do fornecedor exigia culpa provada o que dificultava sobremaneira que tal evento ocorresse (FILHO, 2012, p. 512).

Desse modo, com a entrada em vigor do CDC, foi instituída uma disciplina jurídica uniforme responsável por tutelar os direitos dos consumidores no país. Talvez a principal inovação decorrente do CDC tenha sido o aumento de abrangência da responsabilidade objetiva fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo (FILHO, 2012, p. 18).

A importância da triangulação dos agentes envolvidos nessa relação dentro do campo jurídico é pressuposto essencial para que possamos acurar a responsabilidade dos atos. Nesse sentido Cavalieri Filho reforça que:

Os riscos do consumo se transferiram do consumidor para o fornecedor. O Código supracitado aderiu à teoria do empreendimento, de modo que, independentemente de culpa, quem exerce atividade no mercado de consumo deve responder pelos possíveis vícios ou defeitos dos bens e serviços ofertados. É um modo de responsabilizar que protege o consumidor de assumir sozinho os prejuízos decorrentes deste tipo de relação e prioriza o entendimento de que se todos têm benefícios com as atividades de consumo, os riscos advindos delas devem ser. Entendendo o Médico como um profissional liberal e o paciente aquele que usufrui o serviço prestado, sem o devido conhecimento técnico socializados. O fornecedor arca com a função de repartir os custos dos danos em potencial por meio do estabelecimento dos preços (FILHO, 2012, p. 514).

Como se vê, como quase em todo ramo do direito, não raro, há que se basilar as condutas em cima de princípios. Cavalieri Filho (FILHO, 2012, p. 515) destaca alguns destes princípios como fundamentais:

O princípio da reparação integral por danos patrimoniais e morais, ou seja, ficam vedadas quaisquer cláusulas contratuais que limitem ou excluam a

³ “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” (Código de Defesa do Consumidor)

⁴ “Art. 3º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. Inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” (Código de Defesa do Consumidor)

obrigação de indenizar em caso de qualquer vício ou defeito no produto ou serviço a ser fornecido⁵.

O princípio da prevenção que propõe a adoção de medidas destinadas a impedir que novos danos ocorram. Produtos que apresentam alto grau de nocividade ou periculosidade não devem ser ofertados no mercado⁶.

O princípio da informação, muito importante para este trabalho, guarda estreita relação com o princípio da prevenção e determina que é necessário informar adequada, objetiva, clara e até mesmo exaustivamente o consumidor sobre o produto ou serviço em negociação⁷.

O princípio da segurança é a base da responsabilidade civil nas relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor traz a segurança como direito do consumidor, de modo que são considerados defeituosos produtos ou serviços que não oferecem a segurança deles esperada.

Assim, para Maíra Virgínia Mascarenhas: além dos princípios já mencionados, o Código de Defesa do Consumidor ressalta a importância de outros elementos guia das relações de consumo como a transparência e a boa-fé, o respeito à dignidade do consumidor, a melhoria da sua qualidade de vida e o reconhecimento da sua situação de vulnerabilidade no mercado de consumo. Mascarenhas adverte que “a não observância de algum destes fatores pode gerar a responsabilização civil, a priori, objetiva, do sujeito que deixou de segui-los no exercício de atividade comercial” (MASCARENHAS, 2013, p. 103).

Assim, finaliza Cavaliere que a responsabilidade do médico é contratual e subjetiva e, a princípio, cabe ao paciente provar que o dano verificado decorreu de conduta culposa do profissional⁸. Em consonância com o disposto no Código Civil em seu art. 951, o Código de Defesa do Consumidor (art. 14, § 4º) excetuou a sua adesão à teoria objetiva, corroborando ser subjetiva a

⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;” (CDC) “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;”(CDC)

⁶ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;”(CDC). “Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. § 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.” (CDC)

⁷ “Art. 6º – São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”(CDC).

⁸ Art. 9 - O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.” (CDC). “Art. 31 - A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.” (CDC).

responsabilidade médica: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (FILHO, 2012, p. 515).

3. A RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE E OS ATUAIS MEIOS DE COMUNICAÇÃO.

Durante muitos séculos, a função do médico esteve revestida de caráter religioso e mágico, atribuindo-se aos desígnios dos deuses a saúde e a morte. Nesse contexto, desarrazoado seria responsabilizar o médico, que apenas participava de um ritual, talvez útil, mas exclusivamente dependente das vontades divinas (JUNIOR, 2000, p. 44).

Foi com Hipócrates que se iniciou o distanciamento da figura do médico do sacerdotalismo e a sua aproximação — que ocorreu de modo muito lento e gradativo — ao método científico. O chamado Juramento Hipocrático — que constitui muito mais do que uma mera promessa de comportamento moral — caracteriza-se como verdadeiro código de ética médica e, embora não tivesse força coercitiva, foi de fundamental importância para a construção de um sólido alicerce ético da relação médico-paciente (BERGSTEIN, 2013, p. 31).

Continua Bergstein que só no final do século XIX, primórdios do século XX, o médico passou a ser visto como um profissional cujo título lhe garantia a onisciência. Era médico da família, amigo e conselheiro, figura de uma relação que não admitia dúvida sobre a qualidade de seus serviços, e, menos ainda, a litigância sobre eles. O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (do cliente) e uma consciência (do médico).

Veloso de França complementa que nos anos 80 do século passado, foi-se vendo que a relação médico-paciente-sociedade deveria se fazer através de princípios, e onde cada caso deveria ser tratado de forma própria. A partir daí o discurso médico tradicional sofreu uma mudança bem significativa e foi se transformando pouco a pouco (FRANÇA, 2017, p. 201).

Assim, Bergstein continua dizendo que a evolução da relação do médico com seu paciente vem ganhando contornos inéditos que repercutem sensivelmente na esfera dos direitos subjetivos dos sujeitos envolvidos. De um lado o profissional que de forma inequívoca não mais se encontra — ao menos do ponto de vista fático — numa relação de hierarquia e sobreposição em relação a seu paciente, do outro, o paciente moderno, que tem acesso a ferramentas de pesquisa das mais variadas e que exige cada vez mais informações específicas a respeito do seu estado de saúde e das alternativas possíveis de tratamento.

Hoje, como é possível inferir à nossa volta, o ambiente dessa relação se encontra muito diferente do apresentado em décadas passadas. O relacionamento humano, como um todo, tem-se alterado com o advento dos meios de comunicação em massa e a internet.

Pesquisas indicam que os brasileiros, atualmente, passam mais de 9 horas por dia na internet e pelo menos 3 horas desse dia é utilizando redes sociais (KEMP, 2018, p. 55). Essas redes sociais tornam-se cada vez mais um espaço de comunicação e informação do mundo a sua volta e o dinamismo que acompanha essas redes online transforma as relações interpessoais e profissionais junto.

O que antes do advento das tecnologias de comunicação, caso uma pessoa adoecesse, surgiria a necessidade de deslocar-se até um pronto atendimento para passar por uma consulta ou, a depender da gravidade, caso mais leve, ligar para o médico da família e pedir orientações, agendar uma consulta, etc.. Atualmente com essa facilidade de comunicação, e o estreitamento das redes sociais, basta abrir o aplicativo de comunicação e mandar uma mensagem para seu médico de confiança. Tudo instantaneamente.

Entre os meios de se contatar alguém, o Aplicativo de mensagens WhatsApp é, no Brasil, o de maior penetração, utilizado por 56% das pessoas com internet, seguidos pelo Facebook Messenger com 43% e pelo Skype com 22% (KEMP, 2018). A mudança é tamanha que se estima que as operadoras de telefonia estão preocupadas com a baixa utilização das linhas de telefone que o WhatsApp e outros aplicativos proporcionam (BRASIL, 2015). O telefone que já é uma tecnologia de comunicação veloz, está perdendo espaço pois as novas tecnologias oferecem mais vantagens ainda.

Uma das vantagens é a possibilidade de enviar a mensagem no momento que se tenha um insight e a outra pessoa, caso esteja indisponível no momento, verá a mensagem assim que entrar no aplicativo. Há grandes chances dessa mensagem, tempos atrás, ser esquecida no caso da pessoa ter telefonado, ninguém atender, e esquecer de retornar por outras tarefas cotidianas. Isso não ocorre nos meios atuais.

Na relação médica, a consultoria Cello Health Insight mostrou, em 2015, que 77% dos médicos usavam esses aplicativos para tirar dúvidas com outros colegas de trabalho e que, especificamente no Brasil, 87% dos médicos haviam utilizado o WhatsApp nos trinta dias anteriores para se comunicar com aqueles que atendem (MANNU, 2015, p. 25).

No mesmo caminho, um levantamento pela revista Veja São Paulo (ROSÁRIO, 2017) com 85 especialistas de diferentes áreas, atuantes em importantes hospitais como o Sírio Libanês, Albert Einstein, revelou que 77% deles mantêm contato com os pacientes pelo WhatsApp e que as especialidades que mais utilizam são Pediatria e Obstetrícia. Inclusive, dentro dessa mesma pesquisa, há depoimentos de pacientes que usaram como critério de seleção a disponibilidade do profissional no aplicativo e que determinado profissional responde com celeridade as mensagens de dúvidas encaminhadas.

Pode-se ver que todo o processo de evolução nas chamadas TICs⁹ tem provocado mudanças nas relações humanas como um todo. Entretanto, toda essa facilidade de comunicação em tempo real pode causar efeitos colaterais indesejados em que o Direito seja chamado a resolver possíveis contratempos.

4. PROBLEMATIZAÇÕES NA AFERIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.

As facilidades apresentadas pelo uso dos meios de comunicação instantâneo tem causado uma disruptura na relação médico-paciente, como visto. Isso tem levado os órgãos de fiscalização e normatização da prática médica a correr contra o tempo para estabelecer diretrizes no uso dos aplicativos.

Em 2011, o Conselho Federal de Medicina-CFM editou a resolução 1.974 que trata sobre a publicidade médica onde veda ao médico “consultar, diagnosticar ou prescrever por qualquer meio de comunicação de massa ou a distância”. O objetivo é evitar que o profissional realize consultas à distância, uma vez que no entendimento do órgão, a consulta física é insubstituível.

Já o Conselho Regional de Medicina do estado do Pará, no parecer 12/2015 manifestou que:

Consulta por mídias sociais (WHATSAPP, e-mails, etc...) não constitui ato médico completo.

Se realizada a anamnese e o exame físico, a critério do médico e a partir de acordo prévio com o paciente/responsável, este poderá enviar resultados de exames ou novas informações por meio eletrônico.

Como não se trata de ato médico completo, o profissional não poderá receber remuneração por suas orientações/prescrições, se o fizer.

Essa demanda crescente por orientações a cerca de uma correta prática clínica incluindo os aplicativos na rotina dos profissionais fez, dessa vez, o Conselho Federal de Medicina-CFM voltar a manifestar-se em 2017 no parecer de nº 14 onde constam pontos importantes, como:

- a) Do ponto de vista jurídico, visando promover uma interpretação sistemática as normas constitucionais, legais e administrativas que regem a medicina brasileira, em especial nos termos do art. 5º, incisos XIII e XIV, da Constituição da República, da lei nº 3.268/1957, do Código de Ética Médica, bem como o inafastável sigilo da relação médico-paciente, temos que a utilização, no contexto da medicina, dos novos métodos e recursos tecnológicos é

⁹ Tecnologias de Informação e Comunicação, é uma expressão que se refere ao papel da comunicação (seja por fios, cabos, ou sem fio) na moderna tecnologia da informação.

medida irreversível e que encontra amparo no atual cenário de evolução das relações humanas, já que, como dito, traz incontáveis benefícios ao mister do profissional médico na busca do melhor diagnóstico e do posterior prognóstico dos pacientes e de suas enfermidade;

b) Nesse contexto, o uso do aplicativo “WhatsApp”, e outros congêneres, é possível para formação de grupos formados exclusivamente por profissionais médicos, visando realizar discussões de casos médicos que demandem a intervenção das diversas especialidades médicas;

c) Todavia, como tais assuntos são cobertos por sigilo, tais grupos devem ser formados exclusivamente por médicos devidamente registrados nos Conselhos de Medicina, caracterizando indevida violação de sigilo a abertura de tais discussões a pessoas que não se enquadrem em tal condição;

d) Por outro lado, com base no art. 75 do Código de Ética Médica as discussões jamais poderão fazer referência a casos clínicos identificáveis, exibir pacientes ou seus retratos em anúncios profissionais, ou na divulgação de assuntos médicos, em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente;

e) Registre-se, ainda, que os profissionais médicos que participam de tais grupos são pessoalmente responsáveis pelas informações, opiniões, palavras e mídias que disponibilizem em suas discussões, as quais, certamente, devem se ater aos limites da moral e da ética médica;

O parecer deixa notório que é inevitável a incorporação de novas tecnologias nas comunicações entre médicos e seus pares e entre médicos e pacientes. Também no próprio parecer, é sugerido que o CFM normatize a matéria para evitar futuros problemas. O documento ainda conforta os que já fazem uso do aplicativo dizendo que:

está claro que o médico pode receber mensagens no WhatsApp e responder, como sempre o fez, atendendo telefonemas de pais aflitos com seu pequeno filho cuja febre não baixava e precisava ouvir seu pediatra com as orientações seguras e tranquilizadoras (CFM, 2017).

Para além das orientações previstas nos pareceres apresentados, está a banalização e o mal-uso da ferramenta que podem gerar danos aos pacientes mesmo que de forma culposa, como veremos. Uma das preocupações da

utilização do WhatsApp começa com o sigilo profissional onde um simples *print screen*¹⁰ na tela pode encaminhar todo o teor de uma conversa, histórico, fotos, resultados de exames, e etc., a terceiro. Este terceiro, médico ou não, pode não ter o mesmo cuidado com os dados que o primeiro e acabar tratando de modo informal informações que deveriam estar restritas.

Já há situação conhecida onde um cirurgião plástico tirou fotos do corpo da paciente de roupa íntima para aferir o resultado de uma intervenção e encaminhou as imagens para outro médico sem a devida permissão. A paciente ao ir consultar com o médico que recebeu as imagens do primeiro, foi surpreendida com suas fotos íntimas no celular do profissional que não havia sequer tido um primeiro contato ainda. O episódio foi questionado in judice (ROSÁRIO, 2017).

Também pode ocorrer situações onde o celular do médico, que tenha queixas e histórico de vários pacientes, seja simplesmente esquecido em um lugar público. Esse simples fato corriqueiro pode expor pacientes a situações vexatórias que deveriam permanecer apenas dentro da relação médico-paciente.

No caso supracitado, em situação hipotética, o médico deliberadamente opta por manter em seu celular conversas e informações com seu paciente, como fotos do corpo nu para verificar evolução de uma cirurgia plástica, e que a paciente, suponhamos, tenha HIV. O profissional não toma as devidas precauções de segurança, como manter senhas para acesso ao smartphone ou ao aplicativo, e terceiro vê todo teor, espalha a conversa, causa prejuízos materiais e moral à paciente. Qual seria o grau de aferição na responsabilidade? Há que se falar em um dolo eventual ou culpa consciente¹¹?

Podem surgir, também, situações onde o paciente envia fotos da sua condição ao aplicativo do profissional de sua confiança, este visualiza a mensagem, confirmada pelas duas setinhas azuis indicativas de mensagem entregues e lidas, e delibera por omitir-se diante da situação de emergência que foi constatada. O paciente na expectativa de uma orientação costumeira que não chega evolui a óbito ou a sequelas permanentes horas depois que poderiam ser evitadas por orientação de ida ao Pronto Socorro. Como aferir o dever do médico de agir? Em que grau de responsabilidade este se encontra?

Oportuno dizer que a Jurisprudência caminha no sentido da responsabilização civil pelas condutas omissivas ou comissivas realizadas dentro do aplicativo. Em recente decisão na 1004604-31.2016.8.26.0291 da 34ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP, uma jovem foi condenada a pagar indenização por danos morais por ofensas que foram dirigidas a outra pessoa do grupo do aplicativo.

¹⁰ O *Print screen* é uma função existente nos computadores e celulares que captura tudo o que está presente na tela do aparelho e salva automaticamente como imagem para posterior consulta (MICROSOFT, 17).

¹¹ A culpa consciente, o agente, embora preveja o resultado, não o aceita como possível. O dolo eventual o agente prevê o resultado, mas não se importa que venha ele a ocorrer (MIRABETE, p. 126).

Note que a jovem foi responsabilizada pela condição de Administradora do grupo e que “além de não ter tomado nenhuma atitude contra a ofensora, deu sinais de aprovação com o envio de *emojis*¹² com sorrisos”. O desembargador do caso, Soares Levada profere que:

[A administradora do grupo] É corresponsável pelo acontecido, [...] pois são injúrias às quais anuiu e colaborou, na pior das hipóteses por omissão, ao criar o grupo e deixar que as ofensas se desenvolvessem livremente. Ao caso concreto basta o artigo 186 do Código Civil¹³.

De igual forma, com o avanço da relação médico-paciente, há patente uma desumanização na comunicação, uma vez que esta, quando por meio eletrônico, tende a ser menos empática e com mais ruídos na interpretação. Uma mensagem simples pode ser interpretada como desrespeitosa, pode ter interpretação errônea da conduta ou do caso. Não se pode afastar a vulnerabilidade de ser exposto ao mundo (pela internet) por ambas as partes quando não satisfeito com os serviços prestados por um simples *print screen*. etc..

Essa discussão já ganhou os holofotes quando a esposa do ex-presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, dona Marisa Letícia, foi acometida de um AVC e deu entrada em um hospital de alto padrão do estado de São Paulo. Assim que foi recebida, quase que instantaneamente, o Brasil já sabia do estado de saúde da ex-primeira-dama em ato nítido de quebra do dever de sigilo médico (HERGY, 2017).

A profissional que atendeu a paciente, segundo o jornal O Globo (HERGY, 2017), encaminhou a situação em um grupo de médicos do Hospital, que é permitido pelo CFM, mas que logo viralizou¹⁴ para o público em geral. Esta situação também expos discursos de ódio dos profissionais médicos em que foram flagrados orientando condutas para a abreviação da vida da paciente em virtude de desalinhamento com a posição política do marido da paciente.

Há que ressaltar que, de acordo com as normas e princípios que regem a categoria médica, é, também, dever do médico abster-se de fazer comentários, mesmo que os casos tornem-se públicos¹⁵.

A situação revelou a imaturidade na utilização do aplicativo pelos profissionais médicos e o quão tênue é a linha entre o profissional e o pessoal quando todas as esferas estão misturadas, entre “brincadeiras” proferidas em um grupo

¹² Uma pequena imagem ou ícone usado para expressar uma ideia ou emoção na comunicação eletrônica. (Oxford Dictionary)

¹³ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 – Código Civil Brasileiro)

¹⁴ Fazer com que algo seja compartilhado por um grande número de pessoas.

¹⁵ É Vedado ao Médico. Art. 75 Fazer referência a casos clínicos identificáveis, [...] em meios de comunicação em geral, mesmo com autorização do paciente. (Código de Ética Médico)

de amigos e o assédio à honra e à imagem das pessoas, entre grupos de profissionais para discussão de casos e quebra de sigilo médico-profissional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todos nós buscamos a satisfação de nossos interesses na busca por uma saúde melhor, mais pessoal e mais ágil. As tecnologias aproximaram novamente o portador do conhecimento médico da pessoa assistida. O binômio médico-paciente são, sem sombra de dúvidas, um tema magnífico e objeto das mais diversas formas de interpretação.

O chamado fator álea¹⁶ é uma constante na inclusão das novas tecnológicas de comunicação nessa relação objetivando uma experiência única no atendimento ao paciente.

O profissional médico que deve utilizar-se de todos os meios específicos sugeridos pelos tratados médicos para evitar ou atenuar os efeitos deletérios das intercorrências deve também ter em mente que a privacidade faz parte da essência dessa relação.

No ordenamento jurídico brasileiro a responsabilidade civil desses profissionais é tida, como foi visto, como subjetiva, ou seja, com base na teoria da culpa. Assim, a culpa deve ser vista de modo *lato sensu* onde inclui o dolo e a culpa *stricto sensu*.

O médico terá sua responsabilidade aferida na existência de um dano associado a um ato baseado em negligência, imprudência ou imperícia em que haja um nexo causal entre eles.

A busca por jurisprudências¹⁷, matérias e artigos necessários para enriquecer o debate mostrou-se rarefeita em virtude da baixa disponibilidade de materiais para ser usado como fonte de pesquisa apesar do enorme contingente de profissionais que utilizam o aplicativo na relação com seus pacientes no dia a dia.

Isso pode ser efeito da tecnologia muito recente, da existência de certo grau de desinformação por parte dos agentes envolvidos e de orientações mais assertivas dos órgãos de controle da profissão médica.

É latente a necessidade de um olhar mais acurado por parte dos Conselhos Regionais de Medicina e do Conselho Federal de Medicina para a correta preparação dos profissionais para a nova ética profissional sendo, inclusive, de bom feito que as grades curriculares dos cursos de atualização profissional contenham tal tema de impacto expressivo na medicina e na privacidade.

¹⁶ Álea é a possibilidade de prejuízo simultaneamente à de lucro.

¹⁷ Os portais das 5 regiões dos Tribunais Regionais Federais foram objeto de pesquisa com os termos “médico(a)”, “responsabilidade civil” e “WhatsApp”.

A discussão revela-se de modo cristalina para a necessidade de orientações mais sólidas por parte dos órgãos reguladores da profissão ou dos profissionais de saúde em geral, na utilização dos aplicativos de mensagem instantânea entre os profissionais e seus pacientes.

Não houve intensão de denegrir ou diminuir de qualquer forma possível a figura do profissional médico que tem seu mister desempenhado de forma quase sagrada. Mas de expor, do melhor modo quanto meu reportório permite, situações de oportunidade para o Direito e os desafios de um futuro disruptivo que chegou de forma contundente e que não permite a regressão ou, quiçá, proibição do uso das novas ferramentas. Necessita, sim, de definir boas práticas frente a utilização de ferramentas que se apresentam irreversíveis buscando o melhor dessa relação.

REFERÊNCIAS

- ALCÂNTARA, H. R. (1971). **Responsabilidade Médica**. Rio de Janeiro: José Konfino.
- BERGSTEIN, G. (2013). **A informação da relação médico-paciente**. São Paulo: Saraiva.
- BRASIL, R. (24 de Agosto de 2015). **Operadoras de telefonia pedem a regulamentação do uso do WhatsApp e Netflix**. Acesso em 04 de Outubro de 2018, disponível em EBC: <<http://www.ebc.com.br/noticias/2015/08/operadoras-de-telefonia-pedem-regulamentacao-do-uso-do-whatsapp-e-netflix>>.
- CFM. (2002). **Código de Ética Médico**.
- CFM, C. F. (2017). **Parecer nº14/2017**. Brasília.
- CROCE, D. (2002). *Erro Médico e o Direito* (2ª. ed. ed.). São Paulo: Saraiva.
- DINIZ, M. H. (2008). *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada* (13ª ed. ed.). São Paulo: Saraiva.
- FILHO, S. C. (2012). *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas S.A.
- FRANÇA, G. V. (2017). *Direito Médico* (14ª. ed. ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- HERGY, T. (02 de 02 de 2017). Acesso em 10 de 07 de 2018, disponível em O Globo: <<https://oglobo.globo.com/brasil/apos-compartilhar-dados-sigilosos-de-marisa-medica-dosirio-demitida-20864217>>.
- JUNIOR, R. R. (2000). *Responsabilidade Civil do Médico*. Belo Horizonte: Del Rey.
- KEMP, S. (30 de Janeiro de 2018). *Digital in 2018: World's Internet Users Pass the 4 Billion Mark*. Acesso em 2018 de Outubro de 04, disponível em *We Are Social* (Blog): <<https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>>.
- Mannu, P. (Novembro de 2015). *A report on how doctors engage with digital technology in the workplace*. Acesso em 04 de Outubro de 2018, disponível em Cello Health Insight: <https://cellohealthinsight.com/wp-content/uploads/2015/11/Digital_Health_Debate_2015.pdf>.

MASCARENHAS, M. V. (2013). A responsabilidade civil do médico em face do termo de consentimento informado. *Monografia*. Brasília: Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

MATIELO, F. Z. (1998). *Responsabilidade Civil do Médico*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto.

MATIELO, F. Z. (2014). *Responsabilidade civil do médico* (4^a. ed. ed.). São Paulo, Brasil: LTr.

MICROSOFT. (2017 de 05 de 17). *Usar a Ferramenta de Captura para obter capturas de tela*. Acesso em 11 de 11 de 2018, disponível em Microsoft Corporation: <<https://support.microsoft.com/ptbr/help/13776/windows-use-snipping-tool-to-capture-screenshots# take-screen-captureprint-screen=windows-7>>.

MIRABETE. (2012). *Manual de Direito Penal* (28 ed., Vol. I). Rio de Janeiro: Atlas.

NADER, P. (2016). *Responsabilidade Civil* (Vol. Vol. 7). Rio de Janeiro: Forense.

OLIVEIRA, D. (Novembro de 2008). *Âmbito Jurídico*. Acesso em 02 de 10 de 2018, disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580>.

ROSÁRIO, M. (1 de Junho de 2017). *WhatsApp: as facilidades e confusões entre médicos e pacientes*. Acesso em 04 de Outubro de 2018, disponível em Veja São Paulo: <<https://veja.abril.com.br/cidades/medicos-pacientes-whatsapp/>>.

(DES)CONSTRUINDO O GÊNERO DICOTÔMICO: VIABILIDADE DE UMA CRIMINOLOGIA *QUEER* PARA UMA NOVA BASE CULTURAL

AMANDA OLIVEIRA SIMÕES¹
PAULA CRISTINA SANTOS PIRENEUS²
RAFAEL BULGAKOV KLOCK RODRIGUES³

1. INTRODUÇÃO

Poder. Faculdade, autorização ou influência. Considerando o poder definido pela possibilidade de domínio, torna-se inquestionável a influência desse na construção da matriz cultural de uma sociedade. Essa, englobando desde categorias ocupacionais até o comportamento sexual a ser desempenhado por cada um dos gêneros cunhados de forma binária revela, então, a expressão da heterossexualidade compulsória e do *falocentrismo*.

Nessa linha de raciocínio, será primeiramente debatida uma perspectiva biológica, à luz das explicações da autora transexual Joan Roughgarden. Comprovando-se, à priori, que a diversidade sexual não é e, portanto, não deve ser entendida como uma patologia.

Em seguida, mostrar-se-á o olhar de uma ontologia pós-moderna a respeito do gênero e da dicotomia do sexo enquanto construções sociais justificadas por relações de poder. Ao vincular parâmetros do feminismo construtivista com a noção pós-moderna de gênero, passa a ser possível, avançar do reducionismo biológico para adentrar às esferas de poder responsáveis pela matriz ideológica que rege a sociedade.

¹ Acadêmica do curso de Direito da UFGD.

² Acadêmica do curso de Direito da UFGD.

³ Advogado. Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Direito pela UFGD. E-mail: rafael_klock@hotmail.com.

Vincula-se, ainda, à essa discussão uma perspectiva da criminologia *queer*. Segundo essa linha de raciocínio que critica a aplicação do direito penal, sobretudo, no que tange a aplicação de punições, mostrar-se-á o como o Direito se revela heterossexista e misógeno. Traçando uma linha histórica do desenvolvimento da criminologia *queer*, será também evidenciada o modo como essa foi influenciada pelo movimento feminista. Isso porque, questionando os papéis sociais impostos pela dicotomia de gêneros hierárquicos entre si, o feminismo criminológico trouxe à luz as violências que se arbitravam nos mais diversos âmbitos - tal como a homofobia se caracteriza.

Por fim, será apontada também a necessidade de efetivar os Direitos Humanos do grupo LGBTQI+. Sendo colocado como hipótese a necessidade de um diálogo entre a implementação dos Direitos Fundamentais, o raciocínio criminológico e a aplicação da lei penal, a lógica feminista construtivista e, claro, a noção de gênero do pós-modernismo.

2. TRAÇANDO UM PARALELO EVOLUTIVO ENTRE AS PERCEPÇÕES DO GÊNERO E DA SEXUALIDADE A PARTIR DA OBRA DE JOAN ROUGHGARDEN

Nesse primeiro momento, a partir da noção de Roughgarden (bióloga evolutiva e ecologista norte americana) sobre a “*evolução do gênero e da sexualidade*” (2005), abordar-se-á, de forma comparativa, noções da biologia e da medicina em relação ao gênero e ao sexo. Como objetivo da presente explanação, revela-se a necessidade de se comprovar que, a despeito de, por vezes, serem empregados termos como homossexualismo ou transexualismo, esses não se definem como patologia ou defeito genético.

Pois bem. A medicina toma por base pontos específicos da anatomia humana e a configuração social em que a mesma está inserida. A partir disso, isto é, por meio de um processo cujo princípio é a atribuição de características notadas como especificações que as inserem em padrões sintomáticos, corriqueiramente, tem-se um arcabouço científico para a legitimação da negativa de direitos diversos. Eis que quem apresentar tais especificidades receberá tratamento tipicamente dado a doentes.

Nessa seara, cumpre destacar a noção biológica de sexo, qual seja, a mistura de genes, que não devem ser automaticamente apreendidos como feminino ou masculino. Essas categorias (designadas pelos vocábulos “homem” e “mulher”) são sociais. Com base nisso, nota-se a possibilidade do critério biológico nem sempre se conciliar com o padrão de orientação social. A esse respeito, Joan Roughgarden (2005) destaca que a definição de categorias sociais depende, não da ciência, mas sim da sociedade, de modo que as categorias sociais não podem ser feitas para coincidir com as biológicas.

Desse modo, o que diferencia "macho" de "fêmea" biologicamente nada mais é que o tamanho dos gametas. Os gêneros, por sua vez, sendo construções sociais, não devem se limitar a relação binária existente na biologia, uma vez que o tamanho do gameta produzido pelo indivíduo não é suficiente para definir esse ser socialmente (ROUGHGARDEN, 2005).

Com base nessas premissas, a definição de Roughgarden (2005, p. 29) para gênero "*diz respeito à maneira com que a pessoa expressa sua identidade sexual em um contexto cultural*". Logo, é o reflexo do indivíduo moldando a sociedade quanto às expectativas da mesma. Em outras palavras, "*gênero é a aparência, o comportamento e a história de vida de um corpo sexual*" (2005, p.29).

Como foco principal dessa percepção, Roughgarden tece uma crítica à relação natural de Darwin. Trata-se de uma contraposição à seleção social, segundo a qual, "*animais não estão buscando genes uns dos outros; estão buscando acesso aos recursos que cada um controla*" (2005, p. 180), de forma que gêneros são, na verdade, categorias ocupacionais.

Em decorrência, percebendo o gênero a partir de símbolos que revelam papéis a serem desempenhados, desenrolando uma complexa estrutura social, depreende-se que as engrenagens que desenvolvem os seres são pontos de onde a diversidade é oriunda. Não obstante, as áreas que dissertam sobre tal assunto enrijecem uma forma principal como a única correta e, a partir dessa, o diversificado passa a ser fruto de uma variação errônea do ideal (ROUGHGARDEN, 2005). Por outro lado, sob uma perspectiva biológica, tem-se que:

o sistema XX/XY de determinação sexual é amplamente aceito como definindo uma base biológica para um binário de gêneros. Na verdade, esse sistema permite tanto um severo binário de gêneros quanto grande sobreposição entre corpos XX e XY, assim como interseção entre os gêneros. Os detalhes do que realmente está nos cromossomos X e Y e que tecidos respondem aos produtos desses genes, determinam o grau de diferença entre macho e fêmea no nível do corpo todo, assim como permitido para corpos transgêneros (ROUGHGARDEN, 2005, p. 215).

Destarte, possuir corpos XY não determina que o indivíduo seja homem. Isso porque, assim como pode haver identificação feminina em um organismo XY, é possível ocorrer uma determinação masculina no sistema XX.

A genética, por conseguinte, não dita um binário de gênero. Mesmo que haja um binário relacionado ao tamanho dos gametas, tais organismos não são fatores definitivos da determinação sexual. Nesse âmbito, há indícios de que os corpos podem produzir diversos dos hormônios tidos como sexuais, mas o que realmente importa é a configuração da célula que os receberá (ROUGHGARDEN, 2005).

É nesse contexto que se pode destacar o *BSTc* (*bed nucleus of the stria terminalis*). A sigla corresponde a três partes do cérebro, de tamanho equiparável a um grão de arroz, que reside dentro e em volta do hipotálamo e que corresponde à base biológica da identidade e orientação sexual. Há teorias apontando que as *BSTc* são diferentes entre transgêneros e não transgêneros. No entanto, estudos apontados por Roughgarden (2005, p. 116) concluíram que, tanto nas mulheres quanto nos homens trans, o *BSTc* é o mesmo que em seus correspondentes cis (não transgêneros).

Com fundamento nessas análises e na noção de que a diversidade é tida pela medicina como patológica por força da ausência de uma definição científica para doença, Roughgarden (2005) contesta cada um dos "ismos" empregados em definições de orientações de sexo e de gênero. Assim, aponta a bióloga evolutiva que a transexualidade, tal como a intersexualidade, não constitui um mau funcionamento, nem defeito ou doença.

A esse respeito, argumenta Roughgarden (2005) que o comportamento transgênero aparece antes da puberdade e anteriormente a qualquer consciência sexual que possa impulsioná-la. O que acontece de maneira oposta em gays e lésbicas - já que o gênero, nesses casos, é mais o meio para a expressão da sexualidade que o fim em si próprio.

Diante do exposto, portanto, é possível concluir que a homossexualidade e a transexualidade (bem como qualquer outra designação de desejo sexual ou categoria de gênero entendido como subversivo) não podem ser tratadas como patologias. Eis que, consoante demonstrado, o gênero é uma expressão do comportamento e da história sexual de um corpo; é uma categoria ocupacional; uma construção social. Assim, deve-se abolir qualquer percepção que trate a diversidade como uma variação equívoca do modelo imposto como ideal.

3. DA (DES)CONSTRUÇÃO DO SEXO E DO GÊNERO PELAS TEORIAS *QUEER*

Em vista do exposto, nesse segundo tópico, partir-se á da concepção de que o gênero corresponde a construções sociais que fomentam regras comportamentais, para, com base no arcabouço da teoria *queer*, abordar os gêneros como produtos problematicamente criados de maneira binária.

No contexto de criação social do gênero, originam-se caixinhas (isto é, categorias sociais) guiadas por preceitos do espaço-tempo em que se situam, de maneira a determinar formas de agir, de vestir e falar. Ademais, estabelece-se entre essas uma relação de superioridade (que designa a caixinha normalmente etiquetada de azul) e subalternidade (em referência ao invólucro pintado de rosa). Esse fato social, por sua vez, é dado por ordens de poder que coordenam a imposição da heterossexualidade compulsória. Em consequência, a problemati-

zação da categoria binária de gêneros questiona, para além da dogmática imposta pela heterossexualidade, a hierarquia estabelecida entre o masculino e o Outro.

A definição de Gênero, compreendida pelo "*conjunto de propriedades atribuídas social e culturalmente em relação ao sexo dos indivíduos*" (FERREIRA, 2017), caracteriza-se pela concepção de linguagem dada por Silvia Lane, segundo a qual, a função da linguagem "*é a mediação ideológica inerente aos significados das palavras, produzidas por uma classe dominante que detém o poder de pensar e conhecer a realidade, explicando-a através de verdades inquestionáveis e atribuindo valores absolutos*" (LANE, 1984, p. 34). Consequentemente, o gênero pode ser entendido como uma ideologia defendida pelos interesses da classe dos homens heterossexuais.

Em vista dessa relação entre linguagem e a criação do gênero, é plausível traçar um paralelo concomitante entre tal tema e a teoria feminista construtivista (LOCHER, PRÜGL, 2001). Eis que, segundo essa, a epistemologia interpretacionista se caracteriza como masculina e masculinizante, confirmando não só a concepção de que o gênero é socialmente construído (proposta da ontologia crítica), como, ainda, que essa construção tem como base relações de poder pautadas na manutenção do patriarcado e da heteronormatividade. Assim sendo, uma vez definida pela maneira como o conhecimento científico é produzido, a epistemologia que tange os estudos de gênero deve se aproximar da corrente crítica feminista.

Ora, a partir da crítica feminista à ideia de papéis a serem desempenhados por cada um dos gêneros em uma dada sociedade, a divisão de gênero passa a ser, para além de discutida, afrontada. É, então, nesse panorama que o Outro (mulher), contestando seu papel a ser desempenhado frente ao homem, estabelece a noção flexibilizada de gênero, de modo a indagar também a heterossexualidade compulsória e o falocentrismo.

Inserido na tradição feminista, por seu turno, situa-se o movimento *queer*, o qual, no Brasil, ao menos, inicialmente, centrava-se sobretudo no movimento teórico acadêmico (PELÚCIO, 2014).

Já nesse contexto acadêmico de (des)construção teórica dos gêneros e das identidades tidas como subversivas, através do "*agenciamento de novos planos de experimentação ético-estético- políticos na produção do conhecimento*" (POCAHY, 2016, p. 12), merece ser destacada a influência da autora feminista Judith Butler.

Atribuindo ao gênero a noção de performance, sua proposta consiste na afirmação de que os seres femininos e masculinos nada mais são do que constantes interpretações teatrais das noções dadas socialmente do que é ser mulher e ser homem. A respeito disso, problematiza Butler (2013, p. 8-9)

Ser mulher constituiria um 'fato natural' ou uma performance cultural, ou seria a 'naturalidade' constituída mediante atos performativos discursivamente compelidos, que produzem o corpo no interior das categorias de sexo e por meio delas?

Em resposta a isso, Butler (2013), coloca (para além do binarismo de gênero) o sexo, enquanto corpo biológico, como produto artificial, sendo mais uma produção social. Destarte, afirma a autora de enorme influência nos estudos pós-modernos de gênero que, mediante práticas, discursos e instituições, a categorização de sexos pode ser deduzida a partir da disposição de determinada genitália (BUTLER, 2013). Essa categorização seria então legitimada como natural e inevitável, através, por exemplo, dos discursos fomentados pela aliança secular entre os conhecimentos do Direito e da Medicina.

Partindo dessa determinação normatizante de sujeitos e identidades, a produção de excluídos pode ser tida como uma consequência natural, de modo que, não apenas a interpretação de personagens inusitados, mas também a revelação de desejos divergentes da heteronormatividade são tidas como abomináveis. Dessa forma, apesar do desejo sexual ser comumente associado aos impulsos passionais livres e autônomos que não obedecem às normas da consciência moral, assemelhando-se à definição Kantiana de heteronomia, as inclinações afetivas que contrariam a heterossexualidade compulsória são alvo de violências, ora física, ora morais (CARVALHO, 2012)

A esse respeito, Foucault, já no início de sua obra em relação à história da sexualidade (2010, p.10) aponta para “o casal, legítimo e procriador”, que dita a lei à medida que se apropria do sexo. A respeito do confisco da sexualidade para a família conjugal em cujo seio reside a única possibilidade legítima de sexo - o qual passa a ser constantemente disfarçado no meio social, Foucault afirma que *“(o casal legítimo) impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo”* (FOUCAULT, 2010, p. 10).

Depreende-se, então, desse processo de confisco, não apenas os preceitos para a manifestação da heterossexualidade compulsória, como também a fundamentação da homofobia. Ora, sendo vista como análoga ao estéril, a homossexualidade, mostrando-se demasiadamente, vira anormal e, caracterizando-se por tal status, admite ser sancionada (FOUCAULT, 2010), de modo a avalizar a repressão prevista para os que subvertem a ordem do confisco à sexualidade.

Essa repressão, por sua vez, conforme explanado por Saulo de Carvalho (2012) pode ser representada pela relegação do sexo à surdina; pelo dilema da relação estabelecida entre prostituição, histeria e psiquiatria; ou, ainda, pelos símbolos, atos e falas que pretendem fazer desaparecer tudo aquilo que transfigura essa ordem. Conclui-se, pois, que as sanções previstas aos subversivos

englobam desde o silêncio (interdição) e o disfarce (mutismo), até o desaparecimento (inexistência) de tais comportamentos (CARVALHO, 2012).

Em outros termos, a supracitada homofobia caracteriza-se ora pela instauração da hierarquia entre as diversidades de gênero e sexo, ora pelos atos e discursos de violência, sendo ambas as designações nítidos mecanismos de defesa da heteronormatividade em prol da manutenção de sua dominação.

Pode-se, ademais, ser visto como respaldo a essa argumentação, a contrariedade dos gêneros e sexos divergentes aos anseios do Capitalismo. Eis que esse modelo econômico-político-social, exigindo a reprodução humana que serviria como força de trabalho (explorada sistematicamente como mão de obra), abomina tanto a esterilidade, quanto o rompimento com o padrão funcional da família nuclear e monoteísta. Assim, a homossexualidade, passível de associação com o sexo fútil (que, tipicamente, designa o feminino), isto é, que prima pelo prazer em detrimento da procriação, nega mais um paradigma fundamental para a construção da sociedade e, conseqüentemente, da própria humanidade.

Aproximando-se dessa percepção, a teoria marxiana alega o vínculo entre o processo de construção da humanidade e o modo de produção. Diz-se, nesse sentido, que não só o produto de seu trabalho, como a maneira pela qual o mesmo foi feito altera a realidade material, de modo a alterar a própria humanidade. Diante dessa concepção, não há como negar a influência do Capitalismo sobre a elaboração dos preceitos da sexualidade e o regime elencado por Foucault pela tríade poder-saber-prazer.

É, pois, a partir dessa influência que o Estado (tal como os preceitos morais e religiosos propostos pelo mesmo) passa a intervir no sexo- tangente à Economia-, isto é, visando o controle sistemático da população (mediante, por exemplo, regimes natalistas ou anti-natalistas).

Sob essas perspectivas, a respeito da inserção do Estado no sexo, fomentadas pelas relações econômicas, Foucault (2010) supõe o sexo como um objeto de disputa pública, sendo ele permeado de uma gama de discursos, saberes e injunções. Com relação a isso, Foucault (2010) ainda atribui ao sexo a partir do século XVIII, a característica de "polícia", de maneira que a traçar uma visão do sexo enquanto efeito ordenado das forças tanto coletivas quanto individuais.

Como consequência disso, tem-se, não a proibição das relações sexuais em sentido amplo (desde a consumação do sexo em sim, até o discurso sobre o mesmo), mas sim sua regulação por discursos públicos (FOUCAULT, 2010). Dessa forma, observa-se uma epistemologia que, permeada por relações de poder (em especial, decorrente da comentada interdição do sexo pela família heterossexual e pela participação do Estado) tende à repressão e à exclusão. Consoante esse raciocínio, Foucault escreve sobre as:

instâncias de produção discursiva (que, evidentemente, também organizam silêncios), de produção de poder (que, algumas vezes têm a função de interditar), das produções de saber (as quais, frequentemente, fazem circular erros ou desconhecimentos sistemáticos) (2010, p. 19).

Todavia, ainda que o estéril já fosse visto como patológico desde o período vitoriano, é no século XIX que a pessoa homossexual se apresenta como personagem autônomo (FOCAULT, 2010). Mesmo que, por exemplo, durante a inquisição já se designasse o desvio sexual como pecado, é com o estabelecimento de um arcabouço científico - que dita a verdade sobre o sexo - que houve a especificação de indivíduos homossexuais. Designando-se por anatomia vista como indiscreta e uma fisiologia misteriosa, tais seres passam a ser objeto perverso de estudos patologizantes e criminológicos, demonstrando o momento em que a perversão sexual passa a assemelhar-se a comportamento criminoso.

Assim, é possível perceber que foi a produção do saber científico - como já apontado pela teoria do construtivismo, também guiada pelas relações de poder - que levou ao nexos entre a conduta desviante e a diversidade de gênero e sexo. Ademais, mostra-se não apenas o Gênero como uma construção social, mas ainda, o sexo também como uma apropriação das relações de poder caracterizadas pela heterossexualidade compulsória.

4. ANÁLISE DA SISTEMATIZAÇÃO NORMATIVA MASCULINIZANTE SOB A PERSPECTIVA DA CRIMINOLOGIA *QUEER*

Com a pretensão de perceber as diversidades e, a partir disso, os seres que são tratados (para não dizer, destrutados, posto que, constantemente, sequer são ouvidos ou mesmo vistos) como abjetos, a denominada Criminologia *Queer* possibilita a vinculação da crítica à jurisdição penalista com as teorias *queer*. Apesar do restrito desenvolvimento científico sobre tal interdisciplinaridade, a relação que se estabelece entre as críticas criminológicas ao sistema jurídico-penal brasileiro e a abordagem *queer* é fundamental. Isso porque tal relação viabilizaria uma normatização do Direito brasileiro que, de fato, passe a abarcar direitos da população LGBTQI+.

Apesar de seus muitos significados, o termo 'direito' tende a ser associado com aquilo que é certo, bom, justo. Não por acaso, o conceito jurídico de Direito (quer seja enquanto conjunto de leis ou como sistema jurisdicional responsável pelo respeito às mesmas) passa a ser usado cotidianamente como Justiça. Contudo, esse ordenamento - que deveria ser caracterizado pela equidade que prega na teoria - não raramente, afasta de seres (dentre os quais, os integrantes do grupo *queer*) seus direitos mínimos. Desse modo, deduz-se que a jurisdição vigente, raramente questionada, corrobora a inumanidade atribuída a esses

“abjetos”, que, simbolizam, concomitantemente, perigo e poder, ao passo que são capazes de “*abalar concepções estabelecidas, ameaçar a ordem*” (MISKOLSKI, 2014, p. 52)

Nesse sentido, relaciona-se a esse panorama, o comentado construtivismo feminista. A afirmação dessa linha teórica que aponta para a presença das relações de poder em toda e qualquer área de conhecimento vai ao encontro do Direito masculino e masculinizante. Estruturado da maneira como hoje é concebido a partir do Iluminismo (movimento intelectual europeu nitidamente disseminado por brilhantes mentes masculinas, como a tríade Rousseau, Montesquieu e Voltaire), o Direito é guiado pelos mesmos preceitos responsáveis pela classificação do gênero e do sexo como categorias duais. Relações essas, como dito, marcadas pelo falocentrismo e pela heterossexualidade impositiva.

Ainda em relação ao feminismo construtivista, esse quadro pode ser analisado sob a proposta das autoras Birgit Locker e Elisabeth Prügl (2001). Essas fundamentam-se na noção de que o gênero desenha e é desenhado em todos os níveis das relações sociais da política global. Diante disso, apontam para o Estado como estrutura masculina (objetiva e tratado como extremamente relevante para as relações internacionais) e a Nação sob o estereótipo feminino (relacionável à noção de mãe, de afetividade e, portanto, mais negativamente subjetivada). Seguindo esse raciocínio, revelam o Direito como amálgama da racionalidade responsável pelo Estado – historicamente masculino. Logo, confirma-se a masculinidade da denominada Justiça.

Diante dessa realidade, percebe-se a importância de se pensar uma criminologia *queer*. Pejorativamente definido como estranho, esquisito, o adjetivo *queer* - associado à homossexualidade - tem sua origem como forma de vocativo homofóbico, podendo ser traduzido para vocabulários como “bicha” e “veado” (LOURO, 2001, p. 546). Ainda que seja um movimento predominantemente acadêmico - por isso, sem grande abrangência popular - as teorias *queer* apresentam forte inserção política. Ao ter como foco os processos responsáveis pela manutenção da heterossexualidade como norma dominante, essas teorias questionam os privilégios de alguns frente às desigualdades e opressões das quais o grupo *queer* são vítimas.

De um lado, há frequentes debates sobre a conversão de pessoas em objetos (processo de objetificação) - essencialmente fundamentados na crítica ao Capitalismo e, pois, nas teorias marxistas. De outro, no entanto, a conversão de seres humanos em corpos abjetos costuma ser ignorada. Como o próprio termo (abjeto) leva a deduzir, há pessoas tidas como tão desprezíveis que não merecem sequer serem discutidos. Dentre essas, encontram-se a população identificada como LGBTIQ+.

Essa inexistência de debates não se deve confundir com a falta de críticas. Essas, na realidade, são quase que intrínsecas às vidas *queer*; discussões, no entanto, implicam na lógica retórica em que cada participante defende pontos de vistas divergentes. Partindo-se, pois, do pressuposto que os abjetos não são ouvidos (ainda que tenham voz), é inviabilizada qualquer chance de real debate.

Vivendo em uma sociedade caracterizada por determinada matriz cultural, não há como fugir dos chamados (por Durkheim de) fatos sociais. Cunhados por sua coercitividade e vivendo sob uma matriz heteronormativa que opera sob o binarismo de gênero (homem - mulher) e de sexo (macho - fêmea), há o condicionamento impositivo de promover a deslegitimação dos corpos e identidades que contrariem essa norma. Ainda que, muitas vezes, a opressão se dê de modo inconsciente, ela ocorre a todo instante. Quer seja sob a forma de humor, na de crítica ou sob tantas outras maneiras, as identidades que não decorrem da genitália e os desejos que divergem tanto do gênero quanto da identidade são focos de desprezo.

Para além do extremismo que, literalmente, assassina gays, a exclusão dos LGBTIQ+ é nítida até mesmo nas arquibancadas conservadoras que combatem o reconhecimento de direitos dessa população. Não fazendo sentido ante essa matriz cultural e, desse modo, não podendo existir, os excluídos passam a assombrar as fronteiras da legitimidade ao passo que subvertem a ordem secular que determina a inteligibilidade. No entanto, o simples fato de serem nomeados, a partir, por exemplo, da "sopa de letrinhas" empregada, lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, intersexuais, assexuais, *drag queens* e *cross dressers* afastam-se da abjeção, de modo a darem um passo frente ao reconhecimento.

Todavia, ainda que a nomeação ou o tratamento dessa população os afaste do semblante de corpos abjetos, inúmeras menções e teorias a respeito desse grupo acabam por sustentar a norma heterossexual. Pode ser encaixada nesse rol de teorias legitimadoras da heterossexualidade compulsória, a própria teoria *queer* enquanto seminal, ao passo que "*ao invés de criticar ou focar apenas em manifestações de homofobia para mostrar que se baseiam em visões incorretas ou mentirosas, os queer preferem apontar para as estratégias de legitimação heterossexual*" (MISKOLCI, 2014, p. 55).

Não obstante a isso, o estranhamento *queer*, como aponta Miskolci, se inserindo, a partir do final da década de 1980 nos Estados Unidos, na tradição feminista, passou a tratar a própria hegemonia heterossexual como objeto de investigação e análise crítica, passando "*a moldar, na forma da heteronormatividade, as homossexualidades mais convencionais*" (MISKOLCI, 2014, p. 51).

Diante do heterossexismo, isto é, da ordem histórica responsável tanto pela dicotomia entre homens e mulheres, quanto pela institucionalização da heterossexualidade, as teorias *queer* objetivam desestabilizar concepções tidas

como naturais. Buscam, portanto, questionar o pressuposto que todo mundo é heterossexual e, revelar como essa percepção é fomentada por pessoas e instituições a fim de subordinar a homossexualidade.

Segundo Foucault, já abordado, a imposição de uma norma binária culmina em mecanismos de saber e de poder que promovem a diversidade como desvio anômalo. Por essa lógica apropriada pelas teorias *queer*, o controle social é instrumentalizado pelo direito penal e pela (discutida no primeiro item) patologização do divergente - através, por exemplo, da legitimação dada pela psiquiatria. É, então o heterossexismo que incentiva, para além da homofobia simbólica (discursiva), a violência institucional (homofobia do Estado) presente nos processos de criminalização e, ainda, a violência interpessoal (atos da esfera individual).

Destarte, a homofobia pode ser cunhada, segundo Rogério Junqueira (2012, p. 8), como

as situações de preconceito, discriminação e violência contra pessoas (homossexuais ou não) cujas performances e ou expressões de gênero (gostos, estilos, comportamentos etc) não se enquadram nos modelos hegemônicos postos.

Assim, a homofobia não se limita à estigmatização da homossexualidade, englobando todas e todos que se mostrem subversivos ao ideal normativo de sexualidade e de gênero.

Partindo-se da criminologia feminista, cuja pauta jurídica, a priori, era debater os papéis sociais designados a cada sexo, os quais inferiorizavam as mulheres às personagens de esposas e mães, surge a perspectiva *queer*. Essa, por sua vez, visa ao fim da hierarquia entre a homo e a heterossexualidade e, por conseguinte, liquidar a lógica binária que leva à rotulação de pessoas. Desse modo, as teorias *queer* e feministas dialogam entre si à medida que buscam combater o falocentrismo - propulsor da misoginia e da homofobia.

Logo, é a partir dessa intersecção entre o feminismo e o movimento *queer* que surge a questão a respeito da negação secular tanto da homossexualidade, quanto da equidade entre o masculino e o feminino. O dilema reside em determinar se a homossexualidade (retratada historicamente como defeito) é discriminada pelas próprias relações amorosas - que contrariam a "normalidade" limitada às relações sexuais entre homens e mulheres - ou pela aproximação comportamental dos gays com características do "Outro" (feminino). Pode-se, assim, concluir que o paradigma do supracitado heterossexismo culmina ora na hierarquia entre homens e mulheres, ora na inferiorização dos homens que não sustentam o paradigma da subalternidade feminina.

Analisando-se o preceito da criminologia positivista segundo o qual o criminoso exterioriza valores morais opostos aos da cultura, sendo seu objetivo erradicar a negação de civilização, depreende-se que, em sua origem, a

criminologia era homofóbica. Na realidade em foco, comportamentos sexuais subversivos e a diversidade de gênero são vistas como características de uma patologia de personalidade que, ao resistir à heteronormatividade, é considerada potencialmente criminosa.

A problemática maior trazida por tal criminologia reside no processo de essencialização do criminoso. Esse processo consiste em ver o desviante sob o semblante do desvio em si. Dessa forma, a rotulação, que implica na fixidez, busca erradicar, para além do comportamento desviante, a periculosidade do criminoso em si. Assim, buscar-se-ia erradicar a diversidade de gênero e comportamentos sexuais subversivos da norma heterossexista. Como justificativa para tal, pode-se deduzir, conforme apontado por Foucault, a sexualidade como "o princípio insidioso e infinitamente ativo" de qualquer conduta.

Já a noção de desvio pelo *labeling approach* (BARATTA, 2011, p. 86-87), percebe o crime e o criminoso como uma consequência do processo criminalizante, fruto de "uma *realidade social* que não se coloca como pré-constituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam".

A chamada, teoria do etiquetamento, desenvolvida, em especial, por Howard Becker (2008), define o indivíduo desviante, não mais como um patológico, mas sim como uma pessoa a quem foi imposto um rótulo aceito pela sociedade. Com essa percepção, conclui-se o crime como produto social e cultural. Ademais, a personagem criminosa - já não degenerada pela patologização do atavismo - passa a ser entendida como quem estabelece pressupostos morais próprios, em detrimento de acatar aqueles impostos pela matriz social.

Retomando a citada criminologia feminista, essa é responsável pela ampliação do espaço do crime. Para além do funcionamento sexista do sistema penal, o feminismo criminológico revelou o delito como uma realidade presente, não exclusivamente no âmbito público institucionalizado, como também na esfera domiciliar, da intimidade familiar e afetiva. Esta seara da criminologia visa instigar a "despatriarcalização", por meio do

questionamento de uma matriz de pensamento que se baseia em modelo hegemônico e discursivo de heteronormatividade, 'que assume que, para que os corpos sejam coerentes e tenham sentido, deve existir um sexo estável expresso através de um gênero estável' (BALDI, 2013, p. 108).

São, por conseguinte, avanços de tal teoria: a iluminação do que antes (não) se via e a possibilidade de liquefação do sistema punitivo falocêntrico, a partir de denúncias da institucionalização do sexismo.

Pautada na criminologia feminista, a criminologia *queer* tem como objeto de análise a violência homofóbica. Essa, por sua vez - como dito - pode ser

classificada em interpessoal, que salienta a vulnerabilidade daquilo que se aproxima ao feminino e das masculinidades que contrariem a hegemonia machista; em simbólica, que corresponde à gramática e o discurso heteronormativo; e em violência homofóbica do Estado - a qual se relaciona desde à constituição até à interpretação e aplicação da lei penal de forma homofóbica e misógina.

Ainda sobre os objetivos da criminologia *queer*, pode-se dizer que essa visa, para além do fim da hierarquia entre os sexos binários, ao fim de um ideal de masculinidade hegemônica. Esse padrão de macho é, então, fomento para a misoginia, para a homofobia e para a heterossexualidade compulsória. Almeja, pois, resumidamente, o fim dos processos de vitimização e criminalização de quem mostre identidade de gênero ou expresse desejo sexual diversos ao heterossexismo.

Uma vez analisados os objetos e objetivos da criminologia *queer*, tal como a urgência de resistência e ressignificação dos padrões de dominação e autoridade (misóginos e heteronormativos), é plausível constatar a necessidade de ampliar sua influência na matriz não só jurídico-científica, mas também cultural da sociedade.

Ante à intersecção entre o processo de criminalização e as diversidades de sexo e de gêneros subversivos, um aprofundamento da criminologia *queer* viabilizaria a compreensão da homofobia tanto sob suas três ramificações (do Estado, individual e simbólica), quanto sob sua dispersão que extrapola os limites do público e do privado, permeando - como visto - o discurso e as instituições. Ademais, sua relevância se dá à medida que afastaria a população LGBTIQ+ do semblante abjeto e, por fim, limitaria as perversidades das políticas criminais punitivas.

Ainda, deve-se aqui ter em vista, conforme pontuado por Pocahy e Couto Junior (2017, p. 624) ao destacar “*a necessidade de se (re)pensar sobre as repercussões das epistemologias queer no contexto educacional brasileiro*”, a relevância dos efeitos das ressonâncias *queer* sobre os estudos de gênero e sexualidade.

Enfim, pode ser ressaltada como conclusão do exposto, a necessidade tanto da teoria criminológica *queer* vincular-se às ideias do supracitado construtivismo feminista, quanto de uma ontologia pós-moderna que viabilize uma matriz cultural que ultrapasse o reducionismo biológico - o qual, como visto, legitima, através de relações de poder, a dicotomia de gênero e sexo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além da necessidade de se implementar uma criminologia *queer* mais influente, cumpre sempre lembrar a imprescindibilidade de se buscar a efetivação de Direitos Humanos da população LGBTIQ+. Nesse sentido, destaca-se que a negativa de direitos, por exemplo às uniões homoafetivas, constitui infração à

própria Constituição Federal, cujos dispositivos revelam o princípio da igualdade. Tal rejeição, revelando discriminação sexual, viola também a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Isso porque afronta a garantia ao livre exercício da sexualidade, caracterizada como liberdade fundamental do ser humano, impassível de sofrer restrições de quaisquer ordens.

Como visto, a homossexualidade tem utilização patológica fundamentada há muito tempo: historicamente, vê-se a homoafetividade como violadora da moral e dos bons costumes. Tais pensamentos, arraigados na sociedade, excluem e subordinam pessoas por fugirem do padrão. Na inquisição, a Igreja assinalava-os como impuros e indignos. Ao final dela, tal tarefa passou a ser exercida pela polícia, cujas ações foram justificadas através da ciência. Eis de onde surge a compreensão - conforme demonstrado - absurdamente incorreta, da diversidade associada à doença.

O Conselho Federal de Medicina brasileiro, por sua vez, desconsidera a homossexualidade como patologia desde 1985. Decisão essa que não mostrou muita originalidade, considerando que, em 1935, Freud apontou que "*O homossexualismo não é vício nem degradação. Não pode ser classificado como doença*". Todavia, essa "inovação" não deixa de apresentar progresso brasileiro em prol dos Direitos Humanos.

Segundo Norberto Bobbio, os Direitos Humanos podem ser separados acordando com as áreas civis, políticas e sociais. A primeira, elenca a personalidade, por meio do qual é garantido livre pensamento e performance desde que não interfira na soberania de outrem. Em segundo, contempla-se na existência de um Estado Democrático por meio do qual o sujeito é capaz de criar "laços" de acordo com sua concepção política. Por último, é atribuído ao Estado a participação: dever-se-á assegurar acessos, às vezes de caráter assistencial e, em outras, de natureza fundamental.

Traçando um paralelo aparente, nota-se a maculação dos itens supracitados entre muitas camadas sociais, raciais e, claro, de gênero (senão em todas). Para tanto, em se tratando da comunidade LGBTQI+, os desafios se tornam enormes muros com sustentações fixas e "justificáveis" de onde pessoas tornam possível o assassinato, essencialmente por ódio, de ao menos um indivíduo "desvirtuante" a cada 48 horas.

Diante de dados como esses, verifica-se, mais uma vez, a importância de uma criminologia *queer*. Ainda que seja inegável, em termos nacionais e internacionais, a ascensão dos direitos desse corpo social, a submissão e a falta de dignidade da população que pode ser englobada pela terminologia *queer* mantêm-se significativa. A partir da sustentação da heteronormatividade, conforme discutido, aqueles indivíduos que subvertem a ordem de gênero e sexo pela diversidade permanecem caricaturados ou como corpos abjetos.

Logo, o diálogo entre uma criminologia *queer*, o construtivismo feminista e a defesa de Direitos Humanos pode ser o viés a ser seguido para conceder vez e voz às pessoas subversivas, possibilitando que essas possam incorporar os ramos que acabam produzindo a sociedade (direito e medicina), viabilizando a transformação gradativa da matriz cultural que fundamenta a moral social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALDI, César Augusto. Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Considerações Conceituais e Discussões Epistemológicas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; CORREAS, Oscar (org.). **Crítica Jurídica Na América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS, 2013. p. 1165-1202. Disponível em: <<http://www.nepe.ufsc.br/files/2013/12/Crica-Juridica-na-America-Latina.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 6. ed. São Paulo: Revan, 2011.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: Estudos de sociologia do desvio**. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BRESOLIN, Keberson. **Autonomia versus heteronomia: o princípio da moral em Kant e Levinas**. Conjecturas. **Conjectura: Filos. Educ.**, Caxias do Sul, v. 18, n. 3, p. 166-183, set./dez. 2013. Disponível em: <http://www.uces.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/viewFile/2211/pdf_179>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. **Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 151-168, jul./dez. 2012.

COUTO JUNIOR, Dilton Ribeiro; POCAHY, Fernando Altair. "Dissidências epistemológicas à brasileira: uma cartografia das teorizações queer na pesquisa em educação." **Revista Inter Ação**, Goiânia, v. 42, n. 3, p. 608-631, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5216/ia.v42i3.48905/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

FERNANDES, Florestan. **K. Marx, F. Engels: História**. 2. Ed. São Paulo: Ática, 1984.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/genero>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade, vol. 1: a vontade de saber**. 20. Ed. São Paulo: Edições Graal, 2010.

FREUD, Sigmund. *Carta a uma mãe americana*. 1935. Disponível em: <<https://www.hypeness.com.br/2017/09/a-resposta-de-freud-a-mae-que-em-1935-lhe-pedi-que-curasse-e-seu-filho-homossexual/>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

GUEDES, Maria Eunice Figueiredo. Gênero, o que é isso?. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 15, n. 1-3, p. 4-11, jan./fev./mar. 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931995000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2017.

JUNQUEIRA, Rodrigo Diniz. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. **Bagoas - Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 1, n. 01, 27 nov. 2012.

Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/bagoas/article/view/2256/>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

LANE, Silvia Tatiana Maurer. **Linguagem, pensamento e representações sociais**. In: LANE, Silvia Tatiana Maurer; CODO, Wanderley (org.). *Psicologia Social: o Homem em Movimento*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

LOCHER, Birgit; PRÜGL, Elisabeth. Feminism and Constructivism: Worlds Apart or Sharing the Middle Ground? *International Studies Quarterly*, Londres, v. 45, n. 1, p. 111–129, mar. 2001. Disponível em: <<https://doi.org/10.1111/0020-8833.00184>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

LOURO, Guacira Lopes. Teoria *queer*: uma política pós-identitária para a educação. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 541-553, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2001000200012&script=sci_arttext&tlng=pt/>. Acesso em: 25 ago. 2017.

MISKOLCI, Richard. Um saber insurgente ao sul do Equador. **Revista Periódicus**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 43-67, mai./out. 2014. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/revistaperiodicus/article/view/10148/7252>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

MOTT, Luís. Homoafetividade e direitos humanos. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 509-521, Set. 2006. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/381/38114211/>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

PELÚCIO, Larissa. Breve história afetiva de uma teoria deslocada. **Revista Florestan**, S. Carlos, ano 1, n. 2, p. 26-45, nov. 2014. Disponível em: <http://www.revistaflorestan.ufscar.br/index.php/Florestan/article/view/63/pdf_24/>. Acesso em: 25 ago. 2017.

POCAHY, Fernando Altair. (Micro) políticas *queer*: dissidências em pesquisa. **Textura - Revista de Educação e Letras**, Canoas, v. 18, n. 38, p. 8-25, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/txra/article/view/2200/1936>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

ROUGHGARDEN, Joan. **Evolução do gênero e da sexualidade**. 1ª. Ed., Londrina: Planta, 2005.

MIGRANTES FORÇADOS: O DIREITO A TER DIREITOS E O PRINCÍPIO DA HOSPITALIDADE COMO FORMA DE INTEGRAÇÃO

JULIA STEFANELLO PIRES¹

1. INTRODUÇÃO

As migrações iniciam com um ato essencialmente individual, que levam o migrante a decidir abandonar sua sociedade de referência e buscar uma sociedade de acolhimento. Independente das variáveis motivações relacionadas ao movimento migratório, as migrações “implicam uma ruptura social, que leva ao afastamento dos quadros de referência tradicionais e à procura de novos”, tomada por uma decisão individual de rejeitar os anteriores laços coletivos, sem, no entanto, abandonar completamente sua essência, o que resulta e uma orientação que tem por base sua sociedade de referência mesmo muito tempo após sua partida (PEIXOTO, 2017, p. 130), laço que poderá ser reforçado ou enfraquecido de acordo com o nível de integração do migrante na sociedade de destino.

Independente do motivo que levou à escolha da migração e dos meios em que está se desenvolveu, todo indivíduo que se retira de seu local de origem e se locomover à outro, exerce seu direito de migrar, ainda que a migração ocorra de maneira clandestina ou ilegal. Em realidade este direito não guarda relação com o modo em que a migração se desenvolve, ou nas questões nacionais de cada país nesta questão, mas sim no direito da pessoa em buscar melhores condições de vida e não permanecer forçadamente em um ambiente que não lhe pode proporcionar uma vida digna, por vezes nem mesmo a própria vida.

Embora os migrantes se mantenham dependentes da atuação do Estado de destino para seu acolhimento e integração, o que poderá ocorrer através de

¹ Doutoranda em Direito Socioambiental pela PUC/PR. Mestra em Direitos Humanos e Fronteiras pela UFGD. Graduada em Direito pela UFGD (2017). Professora e Advogada.
E-mail: juliestefanello@outlook.com.br

normas jurídicas e a instituição de políticas públicas, é essencial que a sociedade local também se mostre disposta a participar desse processo de integração. As normas jurídicas se efetivam nas práticas e relações sociais, desta forma, devem ser procurados meios de promover essa participação das comunidades locais no acolhimento do migrante.

O objetivo do presente artigo é apresentar o princípio da hospitalidade como forma de integração dos migrantes vulneráveis, partindo dos pensamentos de Hannah Arendt sobre o direito a ter direitos e a ausência de legalidade dos indivíduos que carecem de proteção de seu Estado de origem.

No primeiro tópico serão conceituados quem são os migrantes forçados, partindo de uma análise das diversas conceituações e reflexões acerca dos movimentos migratórios. Tal compreensão é importante para se pontuar a complexidade do assunto e a vulnerabilidade dos indivíduos que adentram em fluxos migratórios.

Em um segundo momento será desenvolvida a ideia de ausência de legalidade dos indivíduos que não mais podem contar com seu Estado de origem para resguardar seus direitos, e a necessidade de reconhecimento destes indivíduos como sujeitos de direito. Ao final, no terceiro tópico, serão abordadas ideias sobre a hospitalidade e as formas de integração do outro dentro da comunidade de destino.

2. QUEM SÃO OS MIGRANTES FORÇADOS?

Podem ser classificadas como voluntárias ou involuntárias, embora nenhuma categoria de migrantes possa ser encaixada exclusivamente em somente uma destas duas classificações, pois toda migração envolve certas escolhas (fator voluntário) e advém de um contexto social, econômico, político ou social que força o indivíduo a tomar esta decisão (fator involuntário) (MARTIN, WEERASINGHE, TAYLOR, 2013), é evidente, no entanto, que em determinados casos há um grau de voluntariedade, e até mesmo da escolha de como migrar, maior do que em outros, o que justifica essa primeira classificação, que será determinada de acordo com a relevância e importância do fator voluntário e do involuntário no ato migratório.

Richmond (1992) leva em conta que como não há, para os movimentos migratórios, uma definição simples de causa e efeitos entre um determinado evento e suas consequência, pois, segundo o mesmo, a migração não é resultado de uma soma simples, mas sim do produto de uma série de eventos entre a escolha do migrante proativo (voluntário) e do migrante reativo (involuntário), entre os quais os níveis de liberdade são severamente restringidos. Diante da condição jurídica dos migrantes forçados, de crise ou reativos, ao tratar sobre migrantes,

o presente estudo estará se referindo a este grupo, ignorando, portanto, os grupos de migrantes voluntários ou proativos, como, por exemplo, os migrantes econômicos, diante do menor grau de vulnerabilidade deste último grupo.

Tais movimentos podem se desenvolver no âmbito interno, onde se podem encaixar os deslocados internos, definidos como aquelas pessoas, ou grupos de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar as suas casas ou seus locais de residência habituais, e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado (ONU, 1998), ou no âmbito externo (internacional), onde serão denominados de migrantes internacionais ou imigrantes².

Não somente mudanças repentinas na economia ou na política do país, mas também eventos críticos, como declarações de guerra ou catástrofes naturais de grandes proporções, podem desencadear, ou precipitar, as migrações reativas. Em geral, se tratam de eventos que perturbam o funcionamento do sistema do Estado ou sociedade de origem, de forma a incapacitar a população a desenvolver formas de sobrevivência perante as dadas circunstâncias.

As dificuldades enfrentadas no trajeto, como subornos, tráfico de pessoas, exploração sexual de mulheres, taxas de documentação, passagens, e caminhos duvidosos, fazem, ainda, que as migrações reativas ou involuntárias sejam tanto quanto seletivas no sentido demográfico, econômico e de gênero, favorecendo homens, jovens, com melhores condições financeiras e físicas (RICHMOND, 1992), de forma que, ainda que vulneráveis, existem dificuldades inerentes ao movimento migratório que acabam tornando a migração mais possível à um certo perfil de pessoas.

Todo esse processo, que se inicia com uma perda de direitos em seu país de origem, impedindo o indivíduo não somente de desenvolver modos de sobrevivência digna, como muitas vezes obstando a própria vida de todo um ecossistema, passando pelas questões que envolvem o trajeto migratório, e a quase certa violação de direitos durante o percurso, tornam os migrantes reativos, aqui chamados de involuntários, uma população vulnerável, ante a ausência de uma estrutura de proteção que zele por seus direitos.

² À título exemplificativo, cita-se algumas categorias de migrantes forçados: os refugiados, conforme definição dada pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, ocorrida em Genebra, no ano de 1951 (ACNUR, 1951); os requerentes de asilo, que não tiverem seu status de refugiado reconhecido ou analisado, frequentemente confundidos por migrantes econômicos; deslocados internos, que são forçados a abandonar suas casas, porém não chegam a atravessar nenhuma fronteira internacionalmente reconhecida; deslocados do desenvolvimento, compelidos a se mover devido a projetos de desenvolvimento de larga escala (portos, aeroportos, represas, etc.); deslocados ambientais ou decorrentes de catástrofes, incluindo pessoas atingidas por mudanças ambientais e por desastres provocados pelo ser-humano; vítimas de tráfico, exploradas no país de destinação, e contrabando de pessoas, movidas ilegalmente entre as fronteiras, visando o lucro (CASTLES, 2003).

A verdade é que, diante de tamanha variedade de motivações, meios e ritmos de fluxos migratórios, é muito difícil, praticamente impossível, que uma classificação única possa abarcar todos os movimentos existentes e passíveis de existir. O que se percebe é que, desde a sua adoção, o termo “refugiado” se tornou um termo genérico para um espectro amplo das migrações involuntárias. No entanto, a adoção do termo é igualmente problemática quando confinada à sua definição dada pelo Direito Internacional, quanto inadequada na captura dos variados e complexos fatores migratórios (ZETTER, 2015).

Neste caminhar, considerando que não serão analisadas as causas e os meios em que ocorre a migração, mas sim a questão do trabalhador migrante, e que o migrante vulnerável se estende a uma infinidade de situações fáticas, nem sempre reconhecidas pelo Direito Internacional ou interno, se adotará o conceito de Zetter (2015, p. 02) que define “migrantes forçados” como o termo que melhor captura a categoria de migrantes em que não há uma definição simples ou uma designação oficial, distinguindo-os da questão dos refugiados e apátridas, por terem seu status jurídico reconhecido através de instrumentos internacionais e no próprio ordenamento brasileiro, e os migrantes forçados como um grupo residual, envolvendo demais indivíduos migrantes em situação de vulnerabilidade que não tenham um status próprio reconhecido pelo ordenamento jurídico.

3. O DIREITO A TER DIREITOS NA PERSPECTIVA DE HANNAH ARENDT

A migração se embasa, precipuamente, no direito de ir e vir do indivíduo. Tal direito traduz uma antinomia entre a concepção de que o indivíduo é possuidor do direito à autodeterminação pessoal, e ideia de que o Estado, por força de sua soberania, deve prezar pela estabilização da paz interna, evitando o despoamento e impedindo a entrada de elementos potenciais desestabilizadores, podendo, portanto, controlar as migrações dentro de suas fronteiras (CAVARZERE, 1995, p. 38). A dificuldade dos instrumentos internacionais e, principalmente, dos ordenamentos internos, é conciliar estes dois interesses, sem sobrepesar um em face do outro.

Diversos instrumentos internacionais abordam direitos e garantias³ inerentes à autonomia de locomoção da pessoa humana, trazendo o direito do indivíduo de sair livremente de qualquer país, inclusive do seu próprio, e de nele retornar; de circular livremente e estabelecer residência no país em que se encontrar legalmente; de não ser expulso o território de que for nacional, nem

³ Tais dispositivos são debatidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1969), dentre outros.

proibido de nele entrar, e outros direitos, que não podem ser restringidos senão por leis ou medidas necessárias em uma sociedade democrática, para garantir sua segurança e soberania nacional.

Por outro lado, o país de acolhida, seja ela temporária ou permanente, também possui interesses próprios, dentre eles a segurança nacional e a manutenção do equilíbrio social já alcançado, uma vez que a entrada de uma quantidade numerosa de migrantes em uma determinada sociedade afetaria diretamente o mercado de trabalho, questões de moradia e o fornecimento dos serviços públicos ofertados pelo Estado.

O planejamento das questões migratórias serve não somente como proteção ao Estado acolhedor, que poderá determinar como os fluxos migratórios fluíram dentro de seu território e o atendimento à essas pessoas, mas também como garantia de que os migrantes não ficarão a própria sorte, diminuindo as chances de que a violação maciça de direitos, que sofrem antes e durante o trajeto migratório, não se perpetue no país de acolhida.

A principal questão relacionada a migração deveria ser a própria sobrevivência do indivíduo migrante, principalmente quando esta ocorre de maneira involuntária, sujeitando o migrante a uma sucessão de violações de direitos, que muitas vezes não cessam quando se chega ao local de destino. E tal ocorre em todos os tipos de migrações forçadas.

Assim, independente do grupo de migrante vulnerável que se analise, todos eles experimentam em algum grau a perda de direitos nacionais, o que, segundo ARENDT (2012, p. 397), seria considerada idêntica a perda de direitos humanos, sendo que a primeira conseqüentemente levaria a segunda.

Embora Arendt (2012, p. 395 - 407), em seu livro “Origens do Totalitarismo”, ao discorrer sobre a privação de direitos, se refira precipuamente a situação dos indivíduos apátridas durante a Segunda Guerra Mundial, é possível fazer uma análise reflexiva sobre as ponderações da autora em relação entre o direito a ter direitos e a perda do mesmo, estendendo tais pontuações, por analogia, ao quadro dos migrantes forçados na atualidade, incluindo os grupos e condições acima descritos, uma vez que, em sua base, as dificuldades enfrentadas decorrem essencialmente da carência de direitos nacionais e proteção Estatal por parte do Estado de origem.

No presente artigo, portanto, ao abordar os pensamentos de Hanna Arendt sobre a perda de direitos e a consequência da mesma, serão estendidas tais ponderações aos migrantes vulneráveis, acima definidos entre os migrantes forçados em geral, refugiados e, como já abordado pela autora, os apátridas, diante da ausência de proteção do Estado de origem inerente a esta condição.

No sentido da expressão jurídica *ubi societas, ibi jus*, o ser humano quando organizado em sociedade, necessariamente desenvolverá um tipo de

Direito, isto porque as sociedades necessitam de um mínimo de organização e normas sociais para que se possa buscar uma harmonia na convivência humana. Quando nascemos em uma determinada sociedade, crescemos no Direito e nas normas desenvolvidas por aquela sociedade, tanto formais, como as leis, quanto informais, como os costumes, o que além de uma noção de pertencimento, nos traz proteção, posto que os demais indivíduos daquela sociedade também se regem (ou deveriam se reger) pelas mesmas normas que nos são aplicadas.

No cenário produzido pela Segunda Guerra Mundial, quando um número cada vez maior de pessoas, expulsos de suas fronteiras, outrora protetoras, passou a ser excluído das regras do mundo que as rodeava, pode-se constatar que a “inalienabilidade” prevista pelos Direitos do Humanos não correspondia à realidade, pois se supunha que os direitos e garantias ali escritos eram independentes de todos os governos, e que todas as leis se baseavam nele, no entanto, no momento em que o indivíduo não mais pertence à um Estado, ou carece de um governo que o represente, não restaria nenhuma autoridade para o proteger e nenhuma instituição disposta a garantir estes direitos. Os Direitos Humanos mostram-se inexecutáveis sempre que surgem pessoas que não são cidadão de algum Estado soberano. (ARENDRT, 2012, p. 370 - 399)

Quando o Estado-protetor se revela como um Estado-perseguidor ou um ente completamente ausente e insignificante para a vida e o direito de seus nacionais, ou de determinados grupos destes, há um impasse na aplicação e garantia dos direitos humanos à realidade vivenciada por estes indivíduos.

Neste momento, seguindo os pensamentos de Arendt, o indivíduo perderia não somente seus direitos como nacional de determinado país, mas também seus direitos como próprio ser humano, o que, além das questões filosóficas sobre a perda de sua identidade com determinada nação, geraria uma perda de conexão com entes que deveriam garantir-lhe uma vida digna.

Mesmo no âmbito internacional, somente os refugiados gozam de um sistema de proteção estruturado, reassentamento e repatriamento estruturado, com objetivos, meios de atuação e público alvo bem determinado, que ainda assim não é eficaz em solucionar totalmente a questão dos refugiados. Enquanto os demais variados grupos de migrantes forçados acabam por meio de seu capital social, considerando tal termo como a capacidade de se beneficiar de redes ou outras estruturas sociais, invocando-a para compreensão dos trajetos e maneiras de inserção no país de destino (PEIXOTO, 2017, p. 131).

Primeiramente, ao ser forçado a sair de sua terra de origem, o indivíduo enfrenta a perda de seu lar, privado não somente de manter seu lar, mas também de encontrar um novo, revelando-se a impossibilidade de se dirigir à algum local sem que sofresse severas restrições, o que traduz um grave problema de organização política. Em uma comunidade fundada no conjunto de várias nações, uma

pessoa expulsa de uma destas nações, conseqüentemente estaria fora do grupo de nações.

Em segundo lugar, destituído de uma proteção nacional, a ausência da proteção do governo não refere somente a proteção dada por seu país de origem, mas se estende a todos os países (ARENDR, 2012, p. 400). No caso dos apátridas, esta ausência de proteção nacional não é somente metafórica, como no caso dos migrantes forçados ou alguns refugiados, mas traduz uma situação fática, onde o mesmo não mantém uma relação jurídica com nenhum país, de modo que não se vincula a proteção legal de nenhuma nação definida.

Arendt (2012) nos aponta que proporcional ao número de pessoas sem direitos, é a tentação de olhar menos para os governos opressores do que para a condição dos oprimidos, sendo que tais pessoas conseqüentemente deixam de ser ameaças ou uma imagem vergonhosa ao governo da qual fugiam, não traduziam a figura do inimigo, se tornando seres humanos cujo maior infortúnio era a própria inocência, a não culpabilidade, que os tornava invisíveis.

No pensamento de Arendt, é mais fácil privar da legalidade aqueles indivíduos inocentes do que alguém que tenha cometido um crime. E neste ponto, não se fala em privação de direitos, mas na privação de legalidade como a total ausência de direitos, uma negativa de reconhecimento de que aquele indivíduo possua direitos, que são duas coisas muito distintas. Sublinha que “a privação fundamental dos direitos humanos se manifesta, primeiro e acima de tudo, na privação de um lugar no mundo que torne a opinião significativa e a ação eficaz” (2012, p. 403).

Este direito a ter direitos traduz, portanto, uma necessidade de concessão à estes migrantes forçados o direito a legalidade, ainda que se vejam em situações em que são privados de algum direito, que possam gozar da proteção e desfrutar de outros, e não sejam privados da própria condição de legalidade e ser portador de direitos em si, o que ocorre muitas vezes com os apátridas, que sem nacionalidade se veem impedidos de direitos básicos como ter acesso à educação, saúde e a documentação que reconheça sua existência.

A negativa de reconhecimento destas pessoas como sujeitas de direito refletem, ainda, o lado contrário em face da concepção da dignidade humana como fundamento dos direitos humanos (TORRADO, 2012), adotada acima, onde o ser humano passa a ser considerado como instrumento dos fins sociais, e não mais como um fim em si mesmo, o que pode ser observado, segundo Torrado (2009) no desenvolvimento de teorias como a do Direito do Inimigo, no âmbito do Direito Penal, a qual se cita apenas a título exemplificativo, e no conceito de não-pessoas, conforme formulado por Dal Lago (2000, *apud* TORRADO, 2009) assim classificadas as pessoas as quais se nega ou renega, de fato ou de direito, o

reconhecimento como ser humano, sendo os estrangeiros, nos termos do mesmo, o grupo mais suscetível de ser tratado como tal.

Atualmente os movimentos migratórios apresentam uma infinidade de causas e maneiras de se desenvolver, levando em consideração, ainda, a facilidade de comunicação e locomoção decorrentes das tecnologias desenvolvidas nos últimos 30 anos, torna-se quase impossível dar uma proteção jurídica, adequada e eficiente, que englobe todos os movimentos migratórios existentes e que virão a existir. Proposições generalizadas serão, conseqüentemente, incompletas, e soluções especializadas acabarão por atingir somente uma parcela dessa população, como é o caso do refúgio.

Neste caminhar, é evidente o papel de destaque dos países de destino e acolhida na proteção individualizada e no reconhecimento daquele estrangeiro com o um sujeito de direitos, com garantia de gozo de seus direitos humanos mais básicos.

Em que pese a forte importância da legislação no reconhecimento destes sujeitos, é no âmbito social que a previsão normativa será efetivada e se tornará um fato social, nessa conformidade, é necessário que o imigrante seja aceito pela sociedade de destino para que não somente tenha direitos, mas também consiga exercê-los.

Ante ao exposto, é impossível não valorar o papel do princípio da hospitalidade e a recepção da população local na importância da integração e na garantia do direito a ter direitos, por muitas vezes negado aos migrantes vulneráveis. Sobre estas questões, será ponderada na última parte deste artigo, para, então, se discorra sobre o trabalho como um importante meio de integração e valorização do trabalhador migrante.

4. O PRINCÍPIO DA HOSPITALIDADE COMO BASE DE INTEGRAÇÃO DO MIGRANTE

Segundo o Dicionário Crítico de Migrações Internacionais (2017) a hospitalidade refere à prática de bem receber o outro, que não se mistura com a identidade do anfitrião, e tem um papel bipartido, pois ao mesmo tempo que busca integrar o estrangeiro, se destina a manter uma distância entre este e o nativo, pois mesmo o “estrangeiro” se sujeitando a diversas provas, como apresentar disposição para trabalhar, investir dinheiro, casar-se com um(a) “nativo”(a), dentre outros, ainda assim, poderá jamais ser considerado “de dentro”. (SANTOS, 2017, p. 379-382)

A linha tênue que irá definir se este tratamento de hospitalidade será conduzido à uma hostilidade ou familiaridade dependerá do grau de integração do indivíduo na sociedade de destino. É, portanto, no seio do trabalho que a

migração ganha sentido, e se por um lado o trabalho significa, para o migrante, um meio de integração à sociedade de destino, a dimensão econômica do imigrante contribuirá, segundo as necessidades do momento, à natureza provisória e utilitária da presença do imigrante, posto que é a sociedade de destino quem irá impor as condições de trabalho à este(s) indivíduo(s), à quem, muitas vezes, não interessa que estes trabalhadores se tornem de fato cidadãos. (SAYAD, 1998)

Ao conversar com o pensamento de Hanna Arendt, Lafer (1988, p. 180-183) apresenta que o genocídio é um crime contra a humanidade justamente por impedir a condição humana, e refutar a diversidade associada a hospitalidade universal. Esta, na visão kantiana que inspira Arendt, um direito coletivo, de posse comum da superfície terrestre, ou seja, ninguém tem um direito maior que o “outro” a ocupar determinado local, de modo que os seres humanos devem se tolerar entre si, sendo a hospitalidade universal um princípio do *jus cogens* de ordem internacional.

A hospitalidade seria, neste sentido, um princípio regido pela tolerância, pelo reconhecimento do “outro”, do estrangeiro, como um ser de direitos, que deve ter seus direitos respeitados e que lhe seja permitido passar por uma fase de integração à sociedade que passa a fazer parte, ainda que temporariamente.

Muito além das conceituações jurídicas e doutrinárias, a hospitalidade nos leva a reflexões sobre os limites de direitos e deveres do estrangeiro que chega e do local que o acolhe, além de questões que vão além das normas determinadas em lei, ou seja, questões humanas e morais que merecem reflexão na abordagem da questão migratória, como a cordialidade no tratamento com o diferente e a empatia no reconhecimento das dificuldades enfrentadas pelo recém-chegado.

Pelas normas nacionais, estrangeiros tem direito a mesma igualdade de tratamento e aos mesmos deveres que os nacionais, dito isto, e sob a ótica da isonomia, é evidente que em decorrência do fato de sua identidade ter se formado em um contexto distinto do vivenciado pelo local, existem diferenças e peculiaridades que podem gerar distinções de tratamento no caso concreto, como questões culturais e linguísticas, e é comum do ser humano que ignore as diferenças e logo se inquiete com qualquer tipo de tratamento diferenciado.

Outro ponto a ser observado é que o hóspede, por desconhecer aquela realidade e não estar acostumado com a dinâmica social existente no local de acolhida, acaba por apontar defeitos estruturais, sociais e governamentais existentes, mas ignorados pela população já acomodada com aquela realidade, o que gera extremo desconforto entre o local e o estrangeiro, como se este fosse o culpado daqueles problemas existirem.

O indivíduo local se sente “dono” da estrutura e dos espaços públicos em que nasceu e cresceu, sendo o migrante um hospede temporário e alheio a toda

aquela dinâmica social, como se não contribuísse para a manutenção daquela harmonia, e esta diferenciação somente diminuirá a medida em que o estrangeiro deixar sua condição de “hospede” e integrar-se à sociedade de acolhida.

Para a sua integração à uma nova sociedade, o migrante precisa passar por um processo de aprendizado e reaprendizado de cultura, costumes e organização social, o que se permite dizer que seja, de certa forma, como um regresso ao processo inicial de socialização humana, devendo reaprender palavras, funções e significados que lhe pareciam simples em sua sociedade de origem, partindo de questões básicas, como a língua e os modos de comunicação e interação social, até processos mais burocráticos, como abertura de contas em bancos, envolvendo uma sequência de aprendizados que pode ser estimulante ou estressante, a depender de fatores individuais e sociais, como apoio e informação (BIROL, P.45, 2017), e para tanto, o migrante fica refém não somente da estrutura de atendimento no país de destino, como também da rede social de apoio que irá encontrar, seja de outros migrantes que já passaram por este processo, seja de nacionais que se dispõem a fornecer auxílio.

Se por um lado a hospitalidade da sociedade de destino será crucial na integração e familiaridade do migrante, a ausência desta será determinante para a marginalização e hostilidade do indivíduo estrangeiro.

Há de se levar em conta, ainda, a transitoriedade dos movimentos migratórios, se em um primeiro momento o migrante recorre às redes de apoio de outros migrantes que ali já se estabeleceram, para obter informações, procurar alojamento, solicitar emprego, dentre outras formas de suporte, os rumos que esta relação irá tomar dependem muito do modo de integração na sociedade de acolhimento, sendo que uma das variáveis que mais condicionam a integração, além da política de migração, é o mercado de trabalho. Sendo que, tal integração está diretamente relacionada ao segmento do mercado ao qual os migrantes estão ligados, se a profissões mais privilegiadas ou a trabalhos socialmente menos reconhecidos. (PEIXOTO, 2017, p. 130 - 131)

O trabalho é, portanto, uma espécie de termômetro para o reconhecimento social que aquele indivíduo, ou grupo de indivíduos, terá perante a sociedade de acolhida. E isto influenciará diretamente em sua recepção e integração por parte desta sociedade, que absorverá com mais facilidade o migrante, ou grupo de migrantes, que ocuparem posições de prestígio em sua ocupação laboral. É comum, por exemplo, que socialmente se dividam os migrantes em grupos bons e ruins, sendo os primeiros dedicados àqueles provenientes de países mais “prestigiados”, com formação acadêmica reconhecida, posses econômicas e que passam a ocupar cargos de trabalho de maior prestígio social, em uma suposta maior contribuição social, econômica e tecnológica do que o segundo grupo, originários de países pobres, que chegam ao país de acolhida com poucas ou

nenhuma posse econômica, sem formação profissional ou carente de documentação que possa reconhecer sua diplomação, destinados a ocupar postos de trabalho braçal ou subempregos em geral.

Para tal, é relevante ponderar a formação acadêmica e profissional do migrante em seu país de origem e, além disso, há de se considerar a política migratória do país de acolhida em relação ao reconhecimento e revalidação desta formação, para que o migrante possa se enquadrar e ser de fato empregado na área que tem conhecimento e domínio, tendo em mente que no panorama da hospitalidade estatal, é o Estado de destino que define os parâmetros e meios legais para a integração do estrangeiro à sua comunidade. Neste sentido, é comum que existam diferentes meios de integração, tratamento e requisitos legais exigidos aos estrangeiros, de acordo com a origem do indivíduo e das relações bilaterais entre os Estados envolvidos.

Além da política migratória, que para ser efetiva necessita estar em consonância com a realidade social do país e de suas diferentes regiões, a reação da sociedade de acolhimento será outro fator variável ao modo de integração do trabalhador migrante, que dependerá dos mecanismos próprios de recrutamento, desenvolvidos pelos próprios empregadores, os quais determinarão a colocação do migrante em determinados segmentos de trabalho (PEIXOTO, 2017, p. 132).

Não se pode olvidar que é no campo social que as normas jurídicas se concretizam, e apesar do direito brasileiro não admitir a revogação da lei pelo desuso, é evidente que se a sociedade de destino não absorver as normas jurídicas desenvolvidas pelo Estado, não tornar o princípio da hospitalidade e as regras de integração como uma norma social, será muito mais difícil de se desenvolver as políticas migratórias e muito mais fácil de que os direitos reconhecidos legalmente sejam revogados por novas leis.

Para Bauman (2017, p. 18-19) os migrantes representam, aos nacionais, um alívio na autoestima das camadas da base da sociedade, empobrecidas e com medo de exclusão, simbolizando o fundo que se situa mais baixo ainda, tornando a sorte destes nacionais um pouco menos humilhante, tornando o migrante a personificação de tudo o que há de ruim e reprovável. O simples fato de ser migrante coloca este grupo ou indivíduo, invariavelmente, na camada mais segregada da sociedade, cabendo à esta pessoa provar que aquele lugar não lhe pertence.

Independentemente de sua inclinação para a marginalização ou acolhimento do estrangeiro, ao se deparar com um migrante, a população do local de acolhida não tem o conhecimento de a qual grupo de migrantes este pertence, se refugiado, apátrida, econômico, etc., não sabendo sequer da existência das teorias e normas de separação, classificação e atendimento destes indivíduos em situação vulnerável, de modo que estão perante, ao seu ver, apenas de uma pessoa originária de outra comunidade, um “outro”.

A temática dos movimentos migratórios ainda é extremamente dependente da vontade política dos Estados, posto que é neste âmbito que ocorrerá a efetivação da proteção (JUBILUT, 2007, p.159). Levando-se em consideração que a categoria dos migrantes forçados em geral, dentre eles refugiados e apátridas, surge em consequência de ações ou omissões do Estado de origem, que se mostra incapaz de proteger o direito de seus nacionais, é dever do país acolhedor prover a proteção desta população e garantir direitos ameaçados em seu país de origem (MOREIRA, 2014).

No entanto, a instituição de ações estatais é apenas um dos passos a ser dado para que se ocorra de fato uma integração local. Além da promoção de direitos do migrantes, é necessário que se incentive na população local métodos de acolhimento e a importância de integração do “outro”, que pode passar a ser um local na comunidade de destino, a depender da aceitação dos indivíduos da comunidade em que aquele se estabelecer.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos migratórios expõem os indivíduos à um grande grau de vulnerabilidade, que se inicia tão logo no local de origem, posto que a decisão de deixar sua residência normalmente é tomada quando esta já não está suprimindo suas necessidades vitais, ou as está suprimindo de maneira insatisfatória. Passados os problemas do próprio fluxo em si, o indivíduo ainda enfrenta um longo caminho de aceitação quando chega ao seu local de destino, o chamado país de acolhida.

Com cultura e idioma geralmente afastados daqueles da sociedade de destino, é comum que o migrante seja recebido como “o outro”, um estrangeiro que chega modificando a harmonia da comunidade local (ainda que esta harmonia seja apenas aparente). Desta maneira, não é exagero dizer que todos os migrantes se encontram, em um primeiro e ainda que breve momento, afastados do que a sociedade de acolhida conhece como normal ou habitual.

As capacidades pessoais do indivíduo influenciarão, mas será através das oportunidades de se estabelecer no local e se tornar independente de políticas e assistenciais públicas, que o migrante conseguirá sair da margem em que se encontra em um primeiro momento. Estas oportunidades, necessariamente, deverão ser promovidas por terceiros, seja o Estado, sejam organismos privados, que forneçam informações e auxílio, principalmente jurídico e assistencial, nas questões concernentes a integração do migrante à sociedade em que se encontra, dentre elas, a demanda laboral.

Mas além da previsão de direitos e da promoção de políticas de acesso destes migrantes a estes direitos, é essencial que a sociedade de destino se torne

uma sociedade de acolhida, empenhada na aceitação e integração deste migrante. Assim como as normas estatais influenciam o modo em que estes indivíduos serão tratados naquela sociedade, a visão da comunidade local sobre estes migrantes também será determinante para o acolhimento (ou hostilidade) desta população.

Assim, é importante que, ao lado da atuação estatal, se foque na percepção da sociedade de acolhida sobre as questões migratórias, para que se promovam boas práticas e esta comunidade possa desenvolver uma boa relação com os migrantes que ali se instalam.

A integração do migrante se inicia pela estipulação de leis que a promovam, mas somente se efetiva com o acolhimento fático destes indivíduos pela comunidade local. Para isso, é necessário dar atenção, também, às relações que essa comunidade tem tido com as questões migratórias, buscando solucionar questões e indagações que possam levar essa hospitalidade a uma relação de hostilidade com aqueles que ali chegam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1>. Acessado em 18 ago. 2016.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

ARENDT. **A condição Humana**. 12ª ed. Ver. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. Tradução de: Roberto Raposo.

BAUMAN, Zygmund. **Estranhos à nossa porta**. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. Tradução de: Carlos Alberto Medeiros.

BIROL, Aline Pedra Jorge. Adaptação (de estrangeiro). In: CAVALCANTI, Leonardo; BOTEGA, Tuíla; TONHATI, Tânia; ARAÚJO, Dina (Orgs.). **Dicionário Crítico de Migrações Internacionais**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017.

CASTLES, Stephen. The International Politics of Forced Migration. In: **Socialist Register**, Merlin Press Ltd., 2003, United Kingdom.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da Pessoa Humana: a Circulação Internacional de Pessoas**. Rio de Janeiro: Renovas, 1995.

CHAO, Manu. **Clandestino**. Produtores: Manu Chao, Renaud Letang. Los Angeles/EUA: Capitol Latin, 1998. 1 disco sonoro (45min51seg).

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARTIN, Susan. WEERASINGHE, Sanjula. TAYLOR, Abbie. Crisis Migration. In: **The Brown Journal of World Affairs**, Volume XX, Issue I, Fall/Winter 2013, Providence, RI, USA.

MOREIRA, Julia Bertino. **O Acolhimento dos Refugiados no Brasil: políticas, frentes de atuação e atores envolvidos.** In: Anais do V Encontro Nacional sobre Migrações, 2007, Campinas

ONU, Comissão de Direitos Humanos. 1998. **Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos.** Disponível em <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Documentos_da_ONU/Principios_orientadores_relativos_aos_deslocados_internos_1998.pdf>. Acessado em 17 set. 2018.

PEIXOTO, João. Comunidade – Coletivo de Migrantes. In: CAVALCANTI, Leonardo; BOTEGA, Tufla; TONHATI, Tânia; ARAÚJO, Dina (Orgs.). **Dicionário Crítico de Migrações Internacionais.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017.

PEIXOTO, João. Comunidade – Coletivo de Migrantes. In: CAVALCANTI, Leonardo; BOTEGA, Tufla; TONHATI, Tânia; ARAÚJO, Dina (Orgs.). **Dicionário Crítico de Migrações Internacionais.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017.

RICHMOND, Anthony H. Reactive Migration: Sociological Perspectives on Refugee Movements. In: **International Sociological Association**, Research Committee on Migration. Lisbon, 1992.

SANTOS, Sandro Martins de Almeida. Hospitalidade. In: CAVALCANTI, Leonardo; BOTEGA, Tufla; TONHATI, Tânia; ARAÚJO, Dina (Orgs.). **Dicionário Crítico de Migrações Internacionais.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017.

SARTRE, Jean-Paul. **Reflexões sobre o Racismo.** 4ª Edição – São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1965.

SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade.** Tradução: Cristina Muracho. São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 1998.

TORRADO, Jesús Lima. **El fundamento de los derechos humanos.** Argumenta – UENP. Jacarezinho. N. 16. P. 223 – 246, 2012.

TORRADO. El pseudoconcepto de no-persona: de la negación del fundamento de los derechos humanos a la justificación de la negación de las garantías. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR.** Umuarama. v. 12, n. 2, p. 377-396, jul./dez. 2009.

ZETTER, Roger. **Protection in Crisis: Forced Migration and Protection in a Global Era.** Washington, DC: Migration Policy Institute, 2015

CHUVA DE VENENO: A (DES)PROTEÇÃO JURÍDICA-INSTITUCIONAL DOS POVOS INDÍGENAS FRENTE A CRESCENTE UTILIZAÇÃO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL

HEIDI MICHALSKI RIBEIRO¹
VALERIANA AUGUSTA BROETTO²
EDUARDA MUCCINI³

INTRODUÇÃO

As terras indígenas brasileiras, em sua maioria localizadas na Amazônia Legal, totalizam 12,2% do território nacional. No entanto, ainda que na sua parcela já demarcada, os povos indígenas que as habitam enfrentam inúmeras e constantes ameaças à sua existência física, cultural e espiritual: mineração, garimpo, construção de grandes empreendimentos, extração de madeira e outros bens naturais, conflitos territoriais e impactos das mudanças climáticas são apenas alguns exemplos dessas ameaças que não apenas põem em risco a vida dessas pessoas, como também provocam alterações – muitas vezes irreversíveis – nos processos ecológicos e à biodiversidade.

Uma delas, todavia, tem chamado mais atenção, especialmente nos últimos anos. A expansão do agronegócio no território brasileiro através da utilização desmedida ou pouco controlada de produtos químicos destinados ao controle de pragas nas lavouras, propiciou a contaminação dos povos indígenas em virtude da proximidade das fazendas com suas terras, além de ter atingido, também, nascentes, rios, córregos e outros importantes espaços ecológicos.

¹ Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Grande Dourados. E-mail: michalskihr@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: valerianabrtt@gmail.com

³ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: muccini.eduarda@gmail.com

Sendo a marca do capitalismo no meio rural, sobretudo a partir do momento em que a agricultura deixa de ser voltada apenas para a alimentação e passa a ter de expandir suas fronteiras para atender aos diferentes mercados, a utilização de agrotóxicos no Brasil é tamanha que tornou o país o maior consumidor mundial do produto. Se somente este dado já é alarmante, a pulverização desses químicos sobre terras e povos indígenas requer ainda mais atenção.

Tendo esses fatos como ponto de partida, este trabalho estabelece seu recorte investigativo na (des)proteção jurídica dos povos indígenas no Estado brasileiro diante da pulverização de produtos químicos no meio rural, onde objetiva-se evidenciar como essa prática tem ultrapassado o resguardo das lavouras e se manifestado como forma de coagir e anular vidas indígenas, corroborando com os contornos da Sociedade de Risco, o que requer urgente ação jurídico-institucional pela salvaguarda dessa importantíssima parcela da população brasileira.

Para tanto, através de método dedutivo, é tratado (I) da situação dos povos indígenas na Sociedade de Risco e os problemas que os afetam nesse âmbito; (II) da utilização de agrotóxicos no Brasil e como se deu sua evolução até chegar à posição de maior consumidor mundial, passando pelo Projeto de Lei nº 6.299/2006, também conhecido como “PL do veneno” ou “pacote do veneno”, que visa à flexibilização das regras de controle no uso de agrotóxicos no Brasil – adicionalmente às inúmeras aprovações de agrotóxicos pelo governo brasileiro, que colocam o Brasil na posição de maior consumidor mundial de agrotóxicos e, por fim; (IV) da pulverização de agrotóxicos em terras indígenas, como esses povos tem sido afetados e porque este cenário configura mais um meio de anulação física, cultural e espiritual desses povos.

1. CRISE AMBIENTAL E A IMPORTÂNCIA DOS POVOS INDÍGENAS PARA A PRESERVAÇÃO DA NATUREZA: CAMINHOS ATRAVÉS DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS.

A Revolução Industrial constitui um importante marco teórico na história da humanidade, sendo diversos os avanços que ocorreram neste período e atingiram múltiplas nuances. Enquanto fábricas surgiam em dimensão exponencial e novas tecnologias eram criadas constantemente, os pilares de uma Sociedade de Risco eram estabelecidos, desencadeando consequências suportadas, principalmente, pelo provedor de toda vida no Planeta: o meio ambiente.

A primeira geração de problemas ambientais aconteceu na chamada “modernidade simples” e tratavam de riscos pontuais, locais e de fácil delimitação, os quais costumavam ser perceptíveis através da poluição que atingia a comunidade local no entorno das fábricas, bem como fragilidade da saúde dos

trabalhadores industriais e o aparecimento de novas doenças. Referido contexto foi responsável por dar o pontapé inicial ao esverdeamento das normas jurídicas, resultando na elevação do meio ambiente sadio como direito fundamental para as presentes e futuras gerações (CANOTILHO, 2007).

Embora a proteção da natureza tenha contado com reconhecíveis e inéditos avanços, a segunda geração de problemas ambientais é constatada quando os impactos atingem um nível global. Mesmo já marcada com a consciência da necessidade de preocupação para com o meio, a sociedade “pós-moderna” vivencia a acentuação da mudança climática, perda da biodiversidade, acidificação dos oceanos, entre outros danos com efeitos transfronteiriços e transgeracionais, os quais não respeitam limites entre territórios, atingindo a presente e as futuras gerações de igual forma (CANOTILHO, 2007).

A preocupação ambiental entrou em evidência, planejamentos de uma melhora para o ambiente estrearam na agenda global, atingiram os ordenamentos jurídicos e medidas pró-ambiente foram sendo desenvolvidas. No entanto, a natureza ainda se encontra prejudicada quando o assunto se contrapõe com o desenvolvimento.

Beck (1986) afirma que a modernidade pós-industrial está à mercê permanente de catástrofes ambientais, diagnosticada como uma Sociedade de Risco. O crescimento econômico desenfreado intensifica a degradação ambiental ao passo que os riscos são ignorados pelo Poder Público, evidenciando uma falácia na preocupação com o meio ambiente e configurando uma “irresponsabilidade organizada” para com a sociedade (BECK, 1986).

Esse contexto é o reflexo direto de uma geração que rompeu há muito seus laços com o meio ambiente, na qual o homem não é pertence ao meio, ele se encontra numa posição superior de importância, na chamada ideia antropocêntrica⁴. Aliás, o descaso com o meio natural é agravado com a dificuldade do homem em relacionar que suas ações geram consequências que incidem diretamente na problemática ambiental.

Segundo Capra (2001), René Descartes é responsável por introduzir o pensamento de que o segredo da evolução do conhecimento se encontra a partir da fragmentação dos fenômenos complexos em partes isoladas. Enquanto os naturalistas concentravam seus estudos em analisar as conexões entre os

⁴ O antropocentrismo clássico defende que o homem está no centro do meio ambiente, ou seja, este serve tão somente para satisfazer os interesses humanos. A ética antropocêntrica tradicional pode ser fundamentada no pensamento kantiano (KANT, 2002), ao defender que o ser humano não pode ser empregado como simples “meio” (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado como “fim em si mesmo” (sujeito), em qualquer relação, seja ela com o Estado ou com os demais indivíduos. Referida abordagem implica em uma visão utilitarista do ambiente (LEITE; BELCHIOR, 2014, p. 21).

fenômenos através de um pensamento sistêmico⁵, o método cartesiano auferem que o melhor entendimento e aprofundamento se dão a partir da análise de propriedade por propriedade. Neste viés, o pensamento cartesiano sustenta uma visão da natureza a partir de dois domínios: mente e matéria. Através da metáfora do mundo visto como uma máquina é que o pensamento racional se instaura, afastando critérios os quais não se baseiam em leis matemáticas (CAPRA, 2001).

Desta forma, os pilares da sociedade atual são construídos a partir da ruptura com o pensamento sistêmico, impossibilitando a vinculação de que o todo é interdependente e, conseqüentemente, obsta a percepção do meio ambiente como um ser único ao qual o homem está inserido e, ademais, dele necessita. Todos esses aspectos consolidam uma visão de mundo legitimada pela superioridade humana e a forma de apropriação exploratória dos recursos naturais. A falta de percepção que as atividades degradadoras encontram reflexos diretos aos problemas ambientais está enraizada a partir do método analítico (CAPRA, 2001).

Conforme relatório do Programa das Nações Unidas *Harmony with Nature*, (em português, Harmonia com a Natureza), na atual visão antropocêntrica de mundo, a Terra é vista como fonte de recursos naturais a serem explorados, comercializados, privatizados, modificados e alterados. Esse modelo afetou a saúde planetária e, conseqüentemente, o bem-estar da humanidade. As altas taxas de fome, pobreza e desigualdade social estão conectadas com a atual crise ecológica, de maneira que é urgente que a sociedade substitua a visão de mundo antropocêntrica atual por um sistema holístico de governança, no qual a humanidade desempenhe um papel diferente na maneira como percebe e interage com o mundo natural (ONU, 2016).

Desta forma, levando em consideração que a ação humana é a causadora da crise ecológica da atualidade, é necessário buscar respostas inovadoras para cooperar com a resiliência da natureza e estabelecendo uma nova relação de harmonia com esta, baseada em uma ética da natureza e nos conhecimentos tradicionais⁶ dos povos indígenas.

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é elemento intrínseco do projeto de vida dos povos indígenas, pois a natureza é vista como fonte de tudo que é necessário para que eles vivam conforme sua cultura. Nesse sentido “afirma-se que os direitos ambientais dos povos indígenas se relacionam com a

⁵ De acordo com Capra (2001), o pensamento sistêmico se contrapõe ao método cartesiano ao não considerar o todo o resultado do somatório das partes, uma vez que desta forma estaria impossibilitada visualizar as conexões e contextos que envolvem o todo.

⁶ Os conhecimentos tradicionais dizem respeito ao conjunto de saberes acumulados por um povo, associados aos usos, costumes, cultura e a realidade em que vivem. Alguns autores consideram conhecimentos tradicionais o conjunto de práticas relacionadas à conservação e ao uso sustentável da biodiversidade, aplicadas por povos indígenas e tradicionais (PISUPATI, 2007, p. 15).

proteção do bem viver e a realização de seus projetos existenciais⁷”, e ainda “num aspecto físico-ambiental que reflete também nos aspectos cultural, espiritual⁸ e social” (ROMERO, 2012, p. 97).

Os povos indígenas utilizam os recursos naturais disponíveis sem colocar em risco os ecossistemas e desenvolveram formas de manejo eficientes na conservação da biodiversidade. Segundo Acosta, “os povos indígenas não são pré-modernos nem atrasados. Seus valores, experiências e práticas sintetizam uma civilização viva, que demonstrou capacidade para enfrentar a modernidade colonial” (ACOSTA, 2016, p. 24).

Mesmo sendo primordiais para a conservação da biodiversidade, a harmonia tradicional de suas vidas com a natureza tem sido perturbada não apenas pelos efeitos do avanço da colonização, desmatamento, extração ilegal de madeira, queimadas, agitação política, tráfico ilegal de animais silvestres, caça ilegal, exploração excessiva de recursos, mineração de ouro e comércio, mas também pelos efeitos da mudança e das variações climáticas (KRONIK, 2010, p. 102). Nesse sentido, o presente trabalho tratará de mais uma ameaça às populações indígenas brasileiras: a pulverização de agrotóxicos.

2. APONTAMENTOS SOBRE A EVOLUÇÃO DO USO DE AGROTÓXICOS NO BRASIL

De acordo com Flavia Londres, apesar do ser humano viver em comunidades agrícolas há milhares de anos, os chamados *defensivos* agrícolas vêm sendo desenvolvidos, comercializados e utilizados nos plantios há pouco mais de meio século, uma vez que despontaram com as Grandes Guerras, nas quais eram empregados como venenos bélicos, para extermínio em massa dos que fossem considerados inimigos (LONDRES, 2011, p. 17).

Quando chegaram, de forma revolucionária, com a promessa de acabar com a fome, foram recebidos pelos mercados com políticas no mundo todo que assegurassem a sua expansão. No Brasil, uma série delas foram implementadas por diferentes governos para que fosse, de vez, concretizada a ‘modernização da agricultura’, sem que se levasse em consideração os impactos ambientais, sociais e na saúde (LONDRES, 2011, p. 18).

⁷ O reconhecimento pela ordem jurídica da obrigação de proteção de uma *relação espiritual-cultural* com a terra, com a qual são mantidos vínculos de *interdependência histórica, econômica e ecológica* – que são *permanentes, indissociáveis, imprescritíveis e intransferíveis* –, impede a legitimação de qualquer prática que venha restringir, em alguma medida, o exercício pleno e integral de manifestações, o que constitui, agora, verdadeira prática constitucional, integrante do próprio núcleo de identidade de um Estado de Direito e de uma democracia constitucional *multiculturais* (CANOTILHO, 2015, p. 328).

⁸ Artigo 25: Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras (Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 2008).

A entrada efetiva do mercado de agrotóxicos no Brasil, com a instalação das indústrias, se deu em meados de 1975 e apesar de, desde então, terem sido altas as taxas de uso de agrotóxicos no país, o consumo se mostrou ainda mais expressivo entre 2001 e 2008, época em que o país se tornou o maior consumidor mundial de venenos agrícolas (TERRA; PELAEZ, 2008). Além disso, parece que se tem preferência por produtos que já tenham sido banidos em outros países, elevando o Brasil ao principal destino desses produtos proibidos (LONDRES, 2011, p. 19). Operando em oligopólios, 10 empresas detiveram nada mais que 98% da produção mundial de agrotóxicos no ano de 2010 (TERRA; PELAEZ, 2008).

Como bem destaca Londres (2011, p. 21), “com esses venenos busca-se varrer da natureza todos os seres vivos que ousam desafiar os modernos e artificiais modelos de produção”, e aí se enquadram os fungos, as pestes e, também, as populações tradicionais. Por serem produtos tóxicos, esses venenos podem gerar efeitos letais sobre a fitossanidade das lavouras, sobre a saúde das pessoas e, também, sobre o meio ambiente; por isso, precisa-se de políticas que conttenham o uso desses agrotóxicos e regulem sua utilização, desde as fases criação e produção até a comercialização e o descarte (TERRA; PELAEZ, 2008).

De acordo com o Relatório Nacional de Vigilância em Saúde de Populações Expostas a Agrotóxicos, em oito anos quase 69 mil pessoas foram intoxicadas pelo uso de agrotóxicos. Entretanto, os dados não são precisos pois até 2011 a notificação de intoxicação por uso de agrotóxico não era compulsória.

Se esses produtos são chamados enfaticamente de defensivos agrícolas e nasceram com a promessa de acabar com a fome, percebe-se uma incoerência. Como destaca Larissa Bombardi, a utilização desses venenos configura uma violência silenciosa que tem “ceifado vidas num mecanismo contraditório de sustentação da chamada moderna agricultura” (BOMBARDI, 2013, p.1).

Não bastassem as contaminações daqueles que trabalham manual e diariamente com esses produtos químicos, diante dos intensos conflitos por terras que ameaçam a vida dos povos indígenas, nota-se que esses produtos também têm sido utilizados como ferramenta de pressão e anulação da existência física, cultural e espiritual desses povos. Seja através da pulverização das terras ou da contaminação da água dos rios, os indígenas, cujas terras e modos de vida não se curvam à expansão indomável do agronegócio, têm sido alvo deste grande setor.

Todavia, antes de tratar especificamente desse assunto, importante analisar o que as legislações e o governo têm a dizer sobre isso. A primeira lei estadual que regulamentava o uso de agrotóxicos foi aprovada no Rio Grande do Sul (lei n. 7747/82). O preâmbulo dispunha sobre o “uso de agrotóxico e outros biocidas”, sendo esta a primeira norma que atribuía responsabilidades e trouxe também, algo que se perdeu na lei federal promulgada em 1989, que diz respeito à autorização brasileira para utilização, comercialização e importação de

agrotóxicos. O parágrafo segundo do artigo 1º trazia que: “Só serão admitidas em território estadual a distribuição e comercialização de produtos agrotóxicos e biocidas já registrados no órgão federal competente e que, se resultantes de importação, tenham uso autorizado no país de origem.” (RS, 1982).

Sete anos depois, foi promulgada a Lei nº 7.802⁹ de 1989, que apesar de ainda controversa, dispõe de um procedimento razoável para a aprovação de novos agrotóxicos, os quais devem passar pelo Ministério da Agricultura, pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), vinculado ao Ministério do Meio Ambiente, e pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), vinculada ao Ministério da Saúde. Essa tramitação pode levar de quatro a oito anos e, ainda assim, não garante com precisão os riscos da utilização desses *defensivos*.

A atual legislação – Lei nº 7.802/1989 –, logo no seu art. 2º, §6º, ainda impõe restrições a determinados tipos de agrotóxicos e deixa claro que é proibido seus registros¹⁰. No entanto, vê-se que, mesmo com essas restrições de uso impostas pela referida lei, ainda ocorrem inúmeros casos de intoxicação e incontáveis danos ambientais advindos da utilização irregular desses produtos, evidenciando a falta de rigidez da legislação que anda conforme os interesses econômicos vigentes relativos ao agronegócio.

Além da falta de rigor normativo, o Projeto de Lei nº 6.299 de 2002, que prevê alterações na Lei nº 7.802/1989, propõe mudanças nos processos de aprovação de novos agrotóxicos, fazendo com que as substâncias precisem somente passar pelo crivo do Ministério da Agricultura, aparecendo também o chamado registro especial temporário, que poderá ser dado no prazo de até 30 dias para os produtos que estejam autorizados em pelo menos três países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) (BETIM, 2018).

O projeto de lei propõe, ainda, que as pesquisas sobre determinados novos venenos não podem ultrapassar dois anos, sob pena de ser dado, automaticamente, um registro especial temporário, mesmo que seus efeitos sejam desconhecidos. Não

⁹ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 6.299, de 2002. Altera os arts 3º e 9º da Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Brasília, 2018.

¹⁰ a) para os quais o Brasil não disponha de métodos para desativação de seus componentes, de modo a impedir que os seus resíduos remanescentes provoquem riscos ao meio ambiente e à saúde pública; b) para os quais não haja antídoto ou tratamento eficaz no Brasil; c) que revelem características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas, de acordo com os resultados atualizados de experiências da comunidade científica; d) que provoquem distúrbios hormonais, danos ao aparelho reprodutor, de acordo com procedimentos e experiências atualizadas na comunidade científica; e) que se revelem mais perigosos para o homem do que os testes de laboratório, com animais, tenham podido demonstrar, segundo critérios técnicos e científicos atualizados; f) cujas características causem danos ao meio ambiente (LEI 7.802, art. 2º, §6º).

menos importante é a proposta de acabar com as restrições mencionadas anteriormente, mantendo apenas a proibição a produtos que "apresentem risco inaceitável para os seres humanos ou para o meio ambiente" (BETIM, 2018).

Em 2019, bateu-se o recorde na liberação de agrotóxicos; foram 475 substâncias liberadas, sendo a maior autorização de agrotóxicos dos últimos 14 anos, conforme monitoramento realizado pela Campanha Permanente Contra os Agrotóxicos e Pela Vida. O número só não é maior, pois a Justiça Federal do Estado do Ceará suspendeu o registro de 63 agrotóxicos. O juiz federal Luis Praxedes reconheceu na decisão "a probabilidade do direito e o perigo de dano, este último consubstanciado na possibilidade da comercialização e utilização dos agrotóxicos de alta toxicidade à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado" (JFCE, 2019).

Também em 2019, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) aprovou um novo marco regulatório, o qual modificou a categoria de agrotóxicos anteriormente considerados "extremamente tóxicos", passando a integrar a categoria "moderadamente ou pouco tóxicos". Essa alteração se deve a adoção de novos critérios pela ANVISA, que irá considerar extremamente tóxicos, apenas os produtos que possam causar morte ou risco grave a saúde. Anteriormente, agrotóxicos que causavam irritação dos olhos e da pele poderiam se enquadrar como extremamente tóxicos (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019).

Em 2020, durante a pandemia mundial de COVID-19, o Governo Federal já aprovou 118 novos agrotóxicos. Conforme Medida Provisória 926¹¹ e o Decreto 10.282¹², ambos de 20 de março de 2020, a prevenção, controle e erradicação de pragas e doenças, bem como as atividades de suporte e disponibilização dos insumos necessários à cadeia produtiva, incluindo os agrotóxicos, são consideradas atividades essenciais durante a pandemia e não devem ser interrompidas. Ao todo, já foram liberados 150 agrotóxicos até maio de 2020 (REPORTER BRASIL, 2020).

Assim, voltar a atenção para os efeitos dessa ampla e crescente utilização de agrotóxicos pelo agronegócio brasileiro nas terras e povos indígenas é fundamental. O próximo tópico, então, se destina à análise desses impactos.

3. TERRAS INDÍGENAS PULVERIZADAS POR AGROTÓXICOS: DA PROTEÇÃO DA LAVOURA À ANULAÇÃO DE EXISTÊNCIAS

Os povos indígenas prestam serviços ecológicos essenciais ao mesmo tempo em que manejam e protegem a biodiversidade. Reconhecer e dar

¹¹ Medida Provisória 926/2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm> Acesso em 27 de maio de 2020.

¹² Decreto 10.282/2020. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm> Acesso em 27 de maio de 2020.

visibilidade a essas atividades é incluir a comunidade indígena historicamente excluída, desafiando a resistência dos valores da colonização e efetivando uma justiça socioambiental. Na via contrária, o agronegócio promove desmatamento, conflitos fundiários, o genocídio de comunidades tradicionais e a contaminação por agrotóxicos, sendo este último, uma ameaça silenciosa. A dispersão aérea de agrotóxicos sob comunidades indígenas e em suas proximidades não derivam de ações isoladas, mas constituem um projeto político; isto é, os agrotóxicos estão servindo de instrumento para repressão e anulação de existências indígenas¹³.

Conforme publicado no Atlas “Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e Conexões com a União Europeia”, da pesquisadora Larissa Mies Bombardi, o estado com maior número de casos de contaminação indígena por agrotóxicos é Santa Catarina, com 27 casos registrados; seguido do Paraná com 17 registros e do Mato Grosso do Sul, com 12 registros (2017, p. 191).

A lei 7.802/89, conhecida como Lei dos Agrotóxicos, não prevê limites mínimos de distância para a pulverização terrestre de agrotóxicos, mas estabelece infração, com pena de reclusão de 2 a 4 anos, quando a aplicação prejudica a saúde do homem, dos animais e do meio ambiente. Considerando essa omissão da legislação federal, que perpassa, também a esfera estadual, restou aos municípios a adoção de normativas para estabelecer esses limites.¹⁴

Em relação à pulverização aérea, a Instrução Normativa 02¹⁵, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, de 03 de janeiro de 2008, estabelece, em seu art. 10, o limite de “quinhentos metros de povoações, cidades, vilas, bairros, de mananciais de captação de água para abastecimento de população”. No mesmo sentido, os Estados do Acre, Ceará e o Distrito Federal possuem leis que dispõem sobre a pulverização aérea de agrotóxicos¹⁶. Merece destaque a Lei 16.820 de 2019, do Estado do Ceará que proibiu a prática em todo seu território.

¹³ Aldeias indígenas pulverizadas com agrotóxicos. <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2017/11/aldeias-indigenas-sao-atacadas-agrotoxicos.html>

¹⁴ Leis municipais que regulam a distância mínima no uso e aplicação de agrotóxicos: Lei 546/2018 do município de Indianópolis/PR; Lei 1.022/2017 do município de Grandes Rios/PR; Lei 1.417/2001 do município de Campo Mourão/PR; Lei 1.144/2017 do município de Cândido de Abreu/PR; Lei 1.798/2017 do município de Cambira/PR; Lei 710/2018 do município de Ariranha do Ivaí/PR; Lei 1.945/2017 do município de Araruna/PR; Lei 6.484/2015 do município de Cascavel/PR. Dois municípios brasileiros proibiram por lei a prática da chamada “capina química”, que consiste na dispersão terrestre de herbicidas: Lei 10.158/2004 do município de Ribeirão Preto/SP e Lei 4.867/2008 do município de Jaraguá do Sul/SC.

¹⁵ Disponível em <<http://www.agricultura.gov.br/assuntos/insumos-agropecuarios/insumos-agricolas/agrotoxicos/arquivos/in2.pdf>>. Acesso em 14 de set. de 2018.

¹⁶ Leis estaduais: Acre – Lei 2.843/2014; Ceará – Lei 16.820/2019; Distrito Federal – Lei 5.344/2014.

Também há leis municipais¹⁷ que determinam distâncias mínimas ou a proibição da pulverização aérea. Destaca-se, aqui, a Lei 1.087 de 2016¹⁸ do município de Glória de Dourados, região da Grande Dourados/MS, que proibiu a prática.

A pulverização aérea de agrotóxicos nas proximidades de territórios indígenas é uma realidade em diversos Estados brasileiros, sendo que alguns se destacam pela grande concentração de populações indígenas, bem como possuem economia local movimentada pelo agronegócio – como é o caso de Mato Grosso do Sul. Em julho de 2017, a agência Amazônia Real visitou a aldeia Tey’ijusu, localizada no município de Caarapó, no Mato Grosso do Sul. A aldeia foi pulverizada por agrotóxicos e os indígenas foram contaminados, pois área da fazenda está sobreposta à Terra Indígena Dourados Amambaipegá 1, ainda não demarcada. À época da entrevista, uma mulher indígena e seu bebê com apenas 18 dias de vida haviam sido contaminados por agrotóxicos. O pai da criança contou em entrevista que procurou o funcionário da fazenda responsável pela pulverização, mas este o recebeu com arma em punho¹⁹.

A equipe Amazônia Real acompanhou, ainda, membros do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em uma visita à aldeia Laranjeira Ñhanderu, localizada no município de Rio Brilhante/MS. No local encontraram um bebe de seis meses, doente após a pulverização de veneno em uma fazenda vizinha a aldeia.

“Quando o veneno passou em cima de minha casa, então, eu fui para debaixo da cobertura. Mas eu sentia mesmo assim o cheiro do veneno. Acho que começou a passar meia noite e parou às duas horas. Aí ele [o bebê] acordou às três horas e estava forte mesmo aquele veneno. E ele tá assim agora, perdendo peso e tá com vômito. Só fica dormindo, dormindo, por causa disso mesmo, porque tá doente agora”, contou a mãe do menino, que não quis se identificar por medo de represálias (AMAZONIA REAL, 2017).

No Ministério Público Federal (MPF) de Dourados/MS, já existem ações que investigam a pulverização de agrotóxicos nas aldeias dos Guarani-Kaiowá. As terras nesse Estado passam por intenso conflito fundiário pela ausência de demarcação das terras indígenas. Em uma dessas ações, inclusive – processo número 0002524-88.2017.4.03.6002 – o MPF requer indenização por dano moral

¹⁷ Leis municipais que estabelecem distâncias mínimas para dispersão aérea de agrotóxicos ou proíbem essa prática: Lei 1.649/2017 do município de Boa Esperança/ES; Lei 3.121/2011 do município de Nova Venécia/ES; Lei 1.764/2009 do município de Luz/MG e Lei 1.087/2016 do município de Glória de Dourados/MS.

¹⁸ Lei 1.087/2016, disponível em <[http://www.gloriadedourados.ms.gov.br/e-sic/\(23NOVEMBRO2016\)Lei%20Ordinaria%201087%20de%2023-11-2016.pdf](http://www.gloriadedourados.ms.gov.br/e-sic/(23NOVEMBRO2016)Lei%20Ordinaria%201087%20de%2023-11-2016.pdf)>. Acesso em 28 mai. 2020.

¹⁹ “Eu ia perguntar por que ele passou veneno em cima. Foram contaminadas nove pessoas naquele dia. Ele puxou uma arma pra mim. Quando ele puxou, nós também atacamos. Fomos de flecha. Eu furei o tanque [do trator]. Eu não matei vida, não passei veneno em cima de ninguém. Eu só estou lutando pelo nosso direito, pela comunidade. Por furar esse tanque eu estou sendo perseguido”, disse Kunumi Verã, que está sendo processado por ter furado o tanque de combustível do trator da fazenda (AMAZONIA REAL, 2017).

coletivo de um salário mínimo por membro da comunidade indígena *Guyra Kambiy*, o que chega a R\$ 80.582,00. Este valor deve ser revertido para programas de saúde e de educação em proveito da comunidade, nos termos da Lei nº 7.347/85 (MPF/MS, 2017).

No referido caso, os indígenas fizeram vídeos com o celular em que é possível observar o avião dando voos rasantes, despejando agrotóxicos na plantação de soja e suspendendo a aspersão quando se aproximava das primeiras casas localizadas na estrada limite entre a fazenda e a área indígena. O laudo da Polícia Federal constatou que a aplicação ocorreu fora dos parâmetros legais e que, após o ocorrido, os indígenas apresentaram dores de cabeça e garganta, febre e diarreia (MPF/MS, 2017).

O Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), visitou diversas aldeias indígenas no estado de Mato Grosso do Sul em 2016 e ao final dos trabalhos, elaborou um documento relatando os problemas enfrentados pelos indígenas da região. A comitiva do CONSEA ouviu relatos de violência física sofrida pela comunidade *Laranjeira Nhanderu*, bem como relatos de intoxicação das crianças por conta da pulverização de agrotóxicos. “A 1ª Vara da Justiça Federal de Dourados proibiu, em decisão judicial - processo 0001524-87.2016.403.6002, a pulverização aérea de agrotóxicos a menos de 50 metros da área ocupada por essa comunidade” (CONSEA, 2017, p. 21).

Em todas as aldeias visitadas pelo CONSEA verificou-se o mesmo problema com relação ao tema “saúde e acesso à água”: contaminação de muitos indígenas e da água por meio da pulverização aérea de agrotóxicos efetuada pelas fazendas vizinhas, levando ao surgimento de vários sintomas de enfermidades, tais como fortes dores de cabeça, febre e vômito e o desrespeito à distância mínima recomendada para a aplicação de agrotóxicos, causando a contaminação dos córregos e de crianças pela pulverização (CONSEA, 2017).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos visitou a comunidade indígena *Guyraroká*, do povo Guarani Kaiowá, localizada no município de Caarapó (MS), em novembro de 2018. A comissão concluiu que os indígenas estão em situação de risco em virtude das constantes ameaças, atos de violência e os assédios cometidos pelos fazendeiros da região (MPF, 2019). Em razão dos fatos, a Comissão emitiu a Resolução 47/2019, na qual reconhece que os membros daquela comunidade indígena, além de outras ameaças, têm sofrido com a dispersão aérea proposital de agrotóxicos sob suas casas e próximo à escola e ao posto de saúde (CIDH, 2019).

Os indígenas da comunidade *Guyraroká*, denunciaram à Comissão que os fazendeiros estariam jogando garrafas e tambores com agrotóxicos em um rio próximo, contaminando a fonte de água potável da comunidade, bem como de alimento, já que não há mais peixes. Os indígenas afirmaram ficar com a pele

irritada e ardente ao se banharem no rio e ainda, como não há outra fonte de água potável, continuam utilizando o rio contaminado, o que lhes causa náuseas e dores fortes no estômago (CIDH. 2019). Em razão da urgência do caso e o risco em que a comunidade se encontra, a Comissão determinou que medidas cautelares são necessárias a fim de prevenir danos irreparáveis às pessoas.

A Comissão solicita ao Brasil que: a) adote medidas necessárias para proteger os à vida e à integridade pessoal da comunidade Guýraroká dos Povos Indígenas Guarani Kaiowá, e para evitar atos de violência de parte de terceiros; b) adote medidas de proteção culturalmente adequadas para garantir a vida e a integridade pessoal da comunidade, implementando, por exemplo, ações destinadas a melhorar, entre outros aspectos, condições de saúde, alimentação e acesso à água potável; c) acorde as medidas a serem adotadas com o povo beneficiário e seus representantes; e, d) informe as ações implementadas tendentes a investigar os fatos que levaram à adoção desta medida cautelar e, assim, evitar sua repetição (CIDH, 2019).

Em dezembro de 2019, uma decisão inédita da Justiça Federal do Mato Grosso do Sul condenou a empresa responsável, o fazendeiro e o piloto agrícola pela pulverização aérea no cultivo de milho sob da aldeia *Tey Jusu*, no município de Caarapó/MS. Conjuntamente, os acusados deverão pagar o valor de R\$ 150 mil que irá para programas de saúde e educação da comunidade. O crime ocorreu em 2015 e em 2016, tendo o fazendeiro autorizado a dispersão aérea do fungicida “Nativo”²⁰, da marca Bayer, sob a comunidade ocasionando a contaminação dos indígenas (REPÓRTER BRASIL, 2020).

Em 2017, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o IBAMA e o Ministério da Saúde precisaram socorrer os indígenas afetados por uma contaminação no rio Iriri, que matou milhares de peixes. O problema atingiu populações indígenas nos estados de Mato Grosso e Pará, afetando as terras indígenas Panará, onde vivem cerca de 540 índios panará, e *Menkragnoti*, com cerca de 1.200 índios *ka-yapó*. A consequência imediata para os índios foi a paralisação de pesca e caça na região, que é a base da subsistência das duas etnias. Há indícios de que a contaminação está relacionada ao uso de agrotóxicos na atividade agrícola de propriedades rurais próximas das terras indígenas²¹.

Importante mencionar também o caso dos indígenas *Xukuru*, que residem na serra de Ororuba, no agreste pernambucano. Com a expansão da agricultura no interior do estado, a mão de obra indígena tem sido contratada para

²⁰ A bula do fungicida Nativo aponta o a classificação do produto como sendo: III - MEDIANAMENTE TÓXICO CLASSIFICAÇÃO DO POTENCIAL DE PERICULOSIDADE AMBIENTAL: II - PRODUTO MUITO PERIGOSO AO MEIO AMBIENTE. Disponível em <<http://www.agro.bayer.com.br>> nativo > 2019-05-bula>. Acesso em 28 mai. 2020.

²¹ Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/07/1905333-funai-socorre-indigenas-afeta-dos-por-contaminacao-em-rio.shtml?loggedpaywall>>. Acesso em 15 set. 2018.

trabalhar nas lavouras e muitos desses trabalhadores, 63,6% mais especificamente, não usam Equipamento Individual de Proteção (EPI) por falta de recurso para aquisição do mesmo. Inclusive há relatos de manipulação dos agrotóxicos com as mãos²², sem qualquer proteção (GONÇALVES, 2008, p. 75).

Em sua pesquisa, Gonçalves também analisou o índice de morbidade entre os Xukurus, e verificou que, o maior índice de morbidade proporcional ocorreu no grupo das doenças do aparelho circulatório (44,9%), seguido pelo aparelho respiratório (6,4%), digestivo (5,8%) (GONÇALVES, 2008, p. 78).

A partir da análise dos dados, o autor constatou que os números de intoxicação por agrotóxicos são altos: 38,7% dos indígenas conhecem casos²³ de pessoas que se intoxicaram no trabalho e 46,0% conhecem os sintomas²⁴ de uma intoxicação por agrotóxicos (2008, p. 81). No tocante à contaminação do meio ambiente por meio dos agrotóxicos, 96% dos indígenas tem consciência dos malefícios ao solo, a água e ao ar. “Se continuar assim usando agrotóxicos vai também prejudicar a água, pois toda essa química que a gente usa prejudica a água da barragem de Pão de Açúcar. O agrotóxico que usa aqui, quando chove vai para barragem (informação verbal)” (2008, p. 82).

Além do uso nas fazendas em que trabalham, os próprios indígenas passaram a utilizar agrotóxicos em suas produções, apesar de reconhecerem que antes dos agrotóxicos - quando usavam apenas produtos naturais no controle de pragas - sua produção era maior. Atualmente, os Xukurus utilizam os agrotóxicos no plantio pois tem acesso facilitado a esses produtos por meio dos atravessadores, que também tem a promessa de compra de sua produção caso utilizem agrotóxicos²⁵ (GONÇALVES, 2008, p. 85). Gonçalves constatou por fim, que os indígenas daquela região sentem vontade de interromper o uso de agrotóxicos e

²² Aqui tem indígena que mistura o veneno com a própria mão. Em outras aldeias, dessa região, isso também acontece. Os que fumam pegam o cigarro com a mão suja de veneno. Seca a mão suja de veneno na roupa. Tem remédio que queima a mão. Aqui a gente trabalha é com os pés descalços, camisa, calça ou bermuda, o bombeiro é quem está se prejudicando, mais cedo ou mais tarde ele não vai aguentar, é um erro. Mas não podemos deixar, a gente trabalha nisso aí. O veneno é jogado dentro do tambor, aí joga na bomba, sacode nas costas, de camisa e cai no mundo, por aqui nós não vimos nenhum trabalhador usando esses equipamentos. Não usamos porque não temos condições, é só isso (informação verbal) (GONÇALVES, 2008, p. 75).

²³ “Eu já tive problemas com os agrotóxicos, há dois anos tive vômitos e tonturas. Teve colega aqui que apresentou uma febre muito alta, mas o dono do plantio disse que não era o veneno. É, não era ele não é? Ele trabalhava com veneno, ficou doente e se afastou” (informação verbal). (GONÇALVES, 2008, p. 81).

²⁴ “Olha quando estão aplicando o tiobel® no repolho a gente não agüenta o cheiro, dá uma dor de cabeça. Os sintomas de uma intoxicação são dor de cabeça, não é? Vômitos, tonturas, febre. Eu acho assim, sabe, se a pessoa trabalha com agrotóxicos, depois de um ano deveria procurar o médico. Se a pessoa não sente nada, mas você inalando o veneno, não está nem aí e a doença está dentro de você. Não é como cascavel que mata na hora. Não conheço nenhuma doença que dê com o tempo, mas faz parte do veneno, e aí chega um dia que não dá tempo nem para chegar em Pesqueira, morre antes” (informação verbal) (GONÇALVES, 2008, p. 81).

²⁵ “Nós usamos o veneno por influência dos atravessadores que nos fornece e justifica que não perderemos a produção, e para podermos sobreviver e cuidar dos nossos filhos. A gente procura alternativa para não usar o agrotóxico, mas não acha” (informação verbal) (GONÇALVES, 2008, p. 86).

investir no cultivo orgânico, mas a falta de estrutura e suporte financeiro os impede de ir adiante²⁶.

O agrotóxico entra em cena como tecnologia de destruição: das pragas da lavoura, na natureza e dos povos indígenas. A pulverização de veneno tem trazido inúmeros problemas de saúde aos índios, bem como a contaminação dos rios e do solo. Mesmo quando usado pelos próprios indígenas em suas lavouras, como é o caso da população do agreste pernambucano, configura uma ferramenta de extermínio, pois se utilizam desses produtos por pressão de terceiros. A mudança é urgente, e começa pela consciência de que os brasileiros são os maiores consumidores de agrotóxicos do mundo e que precisamos evoluir para uma consciência mais agroecológica, que respeite o meio ambiente e toda sociedade.

4. CONCLUSÃO

Os direitos dos povos indígenas sofrem violações diárias e constantes, seja pela usurpação do direito à suas terras, seu direito à autodeterminação e seu direito à vida. Diversos são os meios de extermínio e invisibilização usados pela sociedade não indígena, dentre eles a pulverização de agrotóxicos nas terras indígenas. Desenvolvendo por gerações conhecimentos que preservam o meio natural e visam o manejo sustentável dos recursos, constantemente estes atores específicos suportam os reflexos de uma sociedade pautada no desenvolvimento desenfreado e enraizada em paradigmas desencadeadores da atual crise ambiental.

Verificou-se que a trajetória histórica do uso dos agrotóxicos no Brasil diz muito sobre sua utilização, hoje, como forma de extermínio de populações indígenas. Configurando como uma violência velada e um atentado contra a dignidade da pessoa humana e da própria natureza em prol do desenvolvimento econômico promovido pelo agronegócio.

Por fim, conclui-se que a pulverização de agrotóxicos nos territórios indígenas constitui em uma tecnologia de etnocídio, silenciosa e eficaz. Entende-se que quando se joga veneno próximo às casas dos indígenas, e até mesmo sobre suas casas e plantações, a intenção é de fato exterminá-los aos poucos, sem deixar vestígios. Não bastasse o confinamento territorial a que são submetidos, as mortes oriundas dos conflitos territoriais e a situação de miserabilidade, ainda são obrigados a suportar os efeitos diários do contato com os agrotóxicos.

²⁶ Nós temos vontade de plantar orgânico, mas falta bomba d'água, cano e energia. Carregar água para molhar a lavoura ninguém aguenta e aqui não temos condição de assumir sem uma ajuda do governo, aí nós tentaríamos umas culturas diferentes com mais frutas, aqui dá de tudo. Só falta ajuda financeira. Temos que ter um acompanhamento de um técnico (informação verbal) (GONÇALVES, 2008, p. 90).

O combate à violência contra os povos indígenas depende não apenas da implementação de novas medidas estruturantes, mas também da composição de uma nova estrutura política nacional, que priorize os direitos humanos e o direito a um meio ambiente saudável para todos. É necessário um arroxio legislativo no tocante ao uso de agrotóxicos no Brasil, bem como a valorização de lavouras agroecológicas e o incentivo ao não uso de veneno. A mudança para um paradigma mais socioambiental é fundamental para sobrevivência de todos.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver, uma oportunidade para imaginar outros mundos**. Tradução Tadeu Breda. Editora Elefante, 2016.

AMAZONIA REAL. **População indígena do Mato Grosso do Sul é a terceira mais contaminada por agrotóxicos no país**. Disponível em <<http://amazoniareal.com.br/populacao-indigena-do-mato-grosso-do-sul-e-a-terceira-mais-contaminada-por-agrotoxicos-no-pais/>> Acesso em 02 set. 2018.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo**. Tradução de Jorge Navarro. Barcelona: Paidós, 1998

BETIM, Felipe. A operação para afrouxar ainda mais a lei de agrotóxicos no Brasil, na contramão do mundo. **El País**. São Paulo, 5 jul. 2018. Disponível em: <https://brasil.el-pais.com/brasil/2018/06/26/politica/1530040030_454748.html>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989**. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Brasília, 11 jul. 1989

BRASIL. **Lei nº 13.123, de 20 de maio de 2015**. Regulamenta o inciso II do §1º e o §4º do art. 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea *j* do Artigo 8, a alínea *c* do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre a Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998; dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para a conservação e uso sustentável da biodiversidade; revoga a Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, 20 maio. 2015.

BOMBARDI, L. M. **Violência Silenciosa: o uso de Agrotóxicos no Brasil**. Anais do VI Simpósio Internacional de Geografia Agrária: Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2013.

BOMBARDI, Larissa Mies. **Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil e Conexões com a União Europeia**. São Paulo: FFLCH - USP, 2017. 296 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Português**: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: José Joaquim Gomes Canotilho; José Rubens Morato Leite (orgs.). *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. 6. ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução 47/2019. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/ms/sala-de-imprensa/docs/2019/resolucao-cidh>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CONSEA – Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. **Tekoha: direitos dos Povos Guarani e Kaiowá: visita do Consea ao Mato Grosso do Sul**. – Brasília: Presidência da República, 2017. Disponível em <<http://www4.planalto.gov.br/consea/publicacoes/site/tekoha-direitos-dos-povos-guarani-e-kaiowa>>. Acesso em: 14 set. 2018.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Anvisa adota risco de morte como único critério para classificar agrotóxicos**. 2019. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/ambiente/2019/07/nova-regra-da-anvisa-reclassifica-agrotoxicos-muito-toxicos-em-categorias-mais-baixas.shtml>>. Acesso em 27 mai. 2020.

GONÇALVES, Glaciene Mary da Silva. **Agrotóxicos, saúde e ambiente na etnia Xukuru do Ororubá - Pernambuco**/ Glaciene Mary da Silva Gonçalves. — Recife: G. M. S. Gonçalves, 2008. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Centro de Pesquisas Aggeu Magalhães, Fundação Oswaldo Cruz.

JFCE – Justiça Federal no Ceará. **Decisão da 1ª Vara Federal da JFCE suspende registro de 63 agrotóxicos**. 2019. Disponível em <<https://www.jfce.jus.br/noticias/noticias/2949-decisao-da-1-vara-federal-da-jfce-suspende-registro-de-63-agrotoxicos>>. Acesso em 27 mai. 2020.

KRONIK, Jakob; VERNER, Dorte. **Indigenous peoples and climate change in Latin America and the Caribbean**. The World Bank, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. In: José Rubens Morato Leite; Carlos E. Peralta (orgs). *Perspectivas e Desafios para a Proteção da Biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. São Paulo: Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014.

LONDRES, Flavia. **Agrotóxicos no Brasil: Um guia para ação em defesa da vida**. Rio de Janeiro: AS-PTA, 2011. 188 p.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Relatório Nacional de Vigilância em Saúde de Populações Expostas a Agrotóxicos**: Agrotóxicos na ótica do sistema único de saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2016. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/agrotoxicos_otica_sistema_unico_saude_v1_t.1.pdf>. Acesso em: 14 set. 2018.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Justiça Socioambiental e Direitos Humanos: Uma Análise a Partir dos Direitos Territoriais de Povos e Comunidades Tradicionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MPF/MS - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **MPF/MS pede na Justiça indenização de R\$ 286 mil para aldeia pulverizada com agrotóxicos.** Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/ms/sala-de-imprensa/noticias-ms/mpf-ms-pede-na-justica-indenizacao-de-r-286-mil-para-aldeia-pulverizada-com-agrotoxicos>>. Acesso em: 15 set. 2018.

MPF. **Comissão de Direitos Humanos da OEA pede ao Brasil que adote medidas de proteção à comunidade indígena Guyraroká.** 2019. Disponível em <<http://www.mpf.mp.br/ms/sala-de-imprensa/noticias-ms/comissao-de-direitos-humanos-da-oea-pede-ao-brasil-que-adote-medidas-de-protacao-a-comunidade-indigena-guyraroka>>. Acesso em 28 mai. 2020.

ONU. **Harmony with Nature.** Report A/71/266, Agosto de 2016.

PISUPATI, Balakrishna. **UNU-IAS Pocket Guide: Access to Genetic Resources, Benefit Sharing and Bioprospecting.** Yokohama: United Nations University Institute of Advanced Studies (UNUIAS). 2007

ROMERO, Ellen Cristina Oenning. **Os direitos ambientais dos povos indígenas.** Diss. Dissertação (Mestrado em Direito Agroambiental). Cuiabá, Universidade Federal de Mato Grosso, 2012.

REPÓRTER BRASIL. **118 agrotóxicos são aprovados durante a pandemia, liberação é ‘serviço essencial’.** Disponível em <<https://reporterbrasil.org.br/2020/05/96-agrotoxicos-sao-aprovados-durante-a-pandemia-liberacao-e-servico-essencial/>>. Acesso em: 27 mai. 2020.

REPÓRTER BRASIL. **Em decisão inédita, indígenas vítimas de ‘chuva de agrotóxico’ recebem R\$ 150 mil de indenização.** Disponível em <<https://reporterbrasil.org.br/2020/01/em-decisao-inedita-indigenas-vitimas-de-chuva-de-agrotoxico-recebem-r-150-mil-de-indenizacao/>>. Acesso em 28 mai.2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 7.747, de 22 de dezembro de 1982.** Dispõe sobre o controle de agrotóxicos e outros biocidas a nível estadual e dá outras providências. Publicada no DOE n.º 110, de 22 de dezembro de 1982.

TERRA, Fábio Henrique Bittes; PELAEZ, Victor. **A história da indústria de agrotóxicos no Brasil:** das primeiras fábricas na década de 1940 aos anos 2000. [sem Local], p. 20, 2008.

ADICIONAL DE FRONTEIRA/PENOSIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS: UMA ANÁLISE SOB A DOCTRINA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS RAÍZES CONSTITUCIONAIS

BRUNO ALEXANDRE RUMIATTO¹
DANIELA MENIN²

INTRODUÇÃO

Para uma compreensão maior do tema proposto, é necessário analisar os direitos fundamentais que dependem de norma regulamentadora, e a proteção dada a esta norma que regulamenta o direito garantido pela constituição, em especial o direito do Servidor Público ao adicional de penosidade previsto no art. 7º, XXII, da CF e a regulamentação dada pela lei 12.855/13.

Para isso, é indispensável apresentar um apanhado histórico da origem do adicional de penosidade que nasce no direito previdenciário e é ninho de discussão na Assembleia Nacional Constituinte de 1988, trazendo assim as

¹ Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD - 2018). Foi professor de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados entre 2016 – 2018. Atualmente é professor de Direito da Faculdade Anhanguera Dourados-MS desde 2019. Pesquisador em Direito do Trabalho e Direitos Humanos. É advogado desde 2013.

² Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (1998), graduação em Teologia - Seminário Presbiteriano Renovado Brasil Central (2009) e mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (2018), foi professora substituta da Universidade Federal da Grande Dourados (2017/2018), membro de comissão - Ordem dos Advogados do Brasil de Mato Grosso do Sul (2016/2018) sócia-proprietária da Alvares, Ramires e Menin- Sociedade de Advogadas, Tem experiência na área de Direito, atuando com ênfase em Direito do Trabalho, Previdenciário e cível. É Pesquisadora de Direitos Humanos, com ênfase em Direito do Trabalho e Direito ao Lazer nas relações laborais, atuando também nos seguintes temas: direitos humanos, direito do trabalho, direitos sociais, direitos fundamentais e flexibilização de direitos fundamentais. Atualmente é coordenadora e professora do curso de Direito da instituição de Ensino Superior- Anhanguera Educacional.

discussões tomadas e relatadas pelos Congressistas, sobre a importância e necessidade de previsão desse direito como rol dos direitos dos trabalhadores e sua extensão ao servidor público.

É inevitável concluir pelo retrocesso social que quis dismantlar os direitos fundamentais dos servidores públicos que altera o art. 39, § 2º da CF, que trazia o rol dos direitos dos trabalhadores que deveria ser estendido aos servidores. Mostra-se patente a violação ao princípio do não retrocesso social, onde as normas futuras, mesmo emendas constitucionais estão impedidas de retroceder nas conquistas sociais.

Tudo isso analisado sob o norte da Teoria Crítica dos Direitos Humanos defendida por Herrera Flores, onde insiste que aos direitos humanos/fundamentais não basta a legalização, a aprovação de lei nas casas legislativas, mas sim sua efetivação, sua garantia na prática; A referida teoria é substancial para defender inclusive que a esses direitos deve-se dar efetividade e pertença aos detentores para em seguida serem regulamentados. Esse é o caminho para que não haja apenas letras mortas ao texto da lei, letras que não passam de previsões, que não produzem efeito, uma vez que não saem do papel.

Asseverar que os Direitos Fundamentais são resguardados pela Carta Constitucional de 1988 não é demais, uma vez que coube à referida Carta relacionar esses direitos, ainda que não seja um rol taxativo. Em que pese se tratar de regulamentação que ainda depende de leis esparsas, que a princípio são leis infraconstitucionais, não gozando de proteção que se dá aos direitos humanos/fundamentais. Mas importante entender que a norma que regulamenta o direito garantido na constituição, apenas regulamenta o direito, sendo assim uma extensão prática dele, viabilizando sua prática, gozando assim de proteção como os direitos constitucionais.

Essa defesa é construída utilizando a metodologia bibliográfica, onde analisa-se os documentos, livros, jurisprudências sobre o tema para basear-se a ideia e as defesas que se coloca no decorrer do trabalho.

DESENVOLVIMENTO

Como o que se pretende é dialogar com a teoria crítica dos direitos humanos e o instituto do adicional de fronteira, precisa-se analisar as lutas e conquistas sociais que o adicional obteve no país, passando pelas lutas e conquistas legislativas. É neste sentido que Herrera Flores (2010) acredita que, sem a devida efetivação, os Direitos Humanos não passarão de “proposta utópica dirigida a vingar os povos das maldades de ditadores e golpistas absolutamente funcionais ao novo totalitarismo do mercado absoluto e onisciente”. Assim, “os Direitos Humanos, mais do que direitos ‘propriamente ditos’, são processos”.

É preciso destacar que a Constituição Federal, de 1988, institucionalizou um regime político democrático que se relaciona com todo o arcabouço internacional de proteção aos Direitos Humanos, considerando cada um deles como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada. Assim, sob o aspecto jurídico-normativo, somente pode-se atribuir fundamentalidade àqueles direitos que foram incorporados à Carta Constitucional.

Neste sentido, é de se ressaltar que não há direitos fundamentais que não sejam decorrentes da lei, sendo a fonte primária desses direitos a Constituição Federal. Tal entendimento é baseado no ensinamento de Sarlet (2011) de que tanto os Direitos Humanos quanto os direitos fundamentais são sinônimos, mas a distinção é que o “termo ‘direitos fundamentais’ se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2011). Bonavides (2014) acrescenta que os direitos fundamentais são essenciais para “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida de liberdade e na dignidade humana” e ainda colabora com a compreensão de que, no sentido normativo, “os direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais” (BONAVIDES, 2014).

Ademais, Sarlet (2015) assegura que a Constituição de 1988 “também considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata” (SARLET, 2015). Há de se destacar que, segundo o princípio axiológico da norma, seriam todas auto e imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes.

Porém, não significa que a elas não se aplique o art. 5.º, p. 1.º, de nossa Constituição, mas sim, que este preceito assume, quanto aos direitos de defesa, um significado diferenciado. Sarlet (2015) também chama a atenção para o fato de que cabe ao Estado promover a eficácia dos direitos fundamentais. É por esse cenário que se sustentou acertadamente que a norma contida no art. 5.º, p. 1.º da CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais. Além disso, há que se creditar razão aos que ressaltam o caráter dirigente e vinculante dessa norma no sentido de que, além do objetivo de “assegurar força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário [...] investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias” (SARLET, 2015).

Quando se analisa a busca das origens do adicional de fronteira, é possível verificar que o adicional tem suas raízes no Brasil na área do direito previdenciário, dentro da modalidade de aposentadoria especial, por meio da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960, que dispunha sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Tinha sua previsão da seguinte forma (SILVA, 2005):

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

Denota-se da referida leitura, que o texto legal condicionou a aplicação à regulamentação posterior por decreto do Poder Executivo, o qual adveio em 1964, com o nº 53.831, em 15 de março, que regulamentou de certa forma o adicional de penosidade e elencou as atividades consideradas penosas. Pelo texto legal, são consideradas penosas as seguintes atividades: Professores, Profissões de motorneiros e condutores de bondes, motoristas e cobradores de ônibus, motoristas e ajudantes de caminhão, dentre outros (SILVA, 2005). Porém, esta lei e o decreto já foram revogados.

Após alguns anos da Lei n. 3.807/60, houve a promulgação da Lei n. 7.850, de 23 de outubro de 1989, que previa como atividade penosa a de telefonista, no entanto, não vigente atualmente (SILVA, 2005). Considerava como atividade penosa, “para os efeitos da concessão da aposentadoria especial prevista no art. 9º da Lei nº 5.890, de 8 de junho de 1973, a atividade profissional de telefonista, onde quer que seja exercida” (BRASIL, 1989).

Revela-se que as iniciais discussões sobre penosidade, e atividades penosas, envolveu-se o direito a aposentadoria, aposentadoria essa especial pelo fato do exercício de atividade particular, que possui elevado desgaste e prejuízos para os que exercem atividades penosas, como já se citou acima.

A próxima menção ao termo do adicional de penosidade que se encontra na história brasileira é a previsão constitucional de 1988, onde o texto constitucional trouxe diversos direitos novos e particulares ao ordenamento jurídico atual, dentre eles o da penosidade, que em seu artigo 7º, inciso XXIII, onde figura como direito fundamental do trabalhador o pagamento de adicional na remuneração por exercício de atividade penosa, insalubre ou perigosa. Além disso, no art. 39, parágrafo 2º, estende esse direito ao servidor público, como apontado na sequência.

As discussões da importância e necessidade de conter na Constituição menção e garantia como direito fundamental do adicional de penosidade, pode ser visto das atas das comissões que foram formadas pelo constituinte de 1988, várias comissões temáticas que discutiram diversos pontos importantes que não poderiam faltar na carta constitucional. Essas discussões e apontamentos contidos nas reuniões das comissões, serão discutidos em tópico oportuno.

Posteriormente à Constituição, promulgou-se a Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, denominada estatuto dos “servidores públicos civis da

União”, o qual pautou-se juridicamente com argumentos para sua proposição no art. 7º, da CF e seus incisos, além do art. 39, da constituição federal, que é destinado aos “Servidores Públicos Civis”. A justificativa do projeto de Lei n. 5.504/90 (DOSSIÊ, 1990), que deu origem a Lei 8.112/90, pautou-se nos direitos dos trabalhadores, direitos esses sociais, além da legislação constitucional que abarca os servidores públicos a alguns desses direitos, como visto no parágrafo 2º, do art. 39, que assim foi redigido: “aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX” (redação da constituição de 1988, sem a emenda constitucional nº 19).

Percebe-se que o inciso XXIII do art. 7º, traz previsão expressa do direito ao adicional de penosidade aos trabalhadores, e, como visto, fora estendido aos servidores públicos esse direito. No entanto, com a emenda constitucional 19 de 1998, fora retirado do rol de direitos estendidos aos servidores públicos o direito ao adicional de penosidade, como visto no texto original. Há inúmeras discussões sobre a inconstitucionalidade da referida emenda, por vários motivos, defende-se que há nela retrocesso a direitos sociais, que embora, na visão de Flávia Piovesan, não sejam de eficácia imediata, o Estado deve trabalhar para resguardar e efetivar esses direitos (2016). O retrocesso ocorrido seria o contrário de efetivar, mesmo que não efetive, o Estado não pode usurpar ou retroceder as conquistas sociais (MENDES, 2012), como é o caso do direito ao adicional de penosidade que foi retirado por tal emenda.

Observa-se, ainda, que em 17 de dezembro de 1991, foi promulgada a Lei 8.270, que trouxe ao direito brasileiro a “gratificação especial de localidade”, em seu art. 17³, a qual seria devida a servidores públicos que exercessem suas funções na Fronteira ou em locais onde se justifique, como clara intenção de regulamentar a Lei 8.112/90, no que se trata do adicional de penosidade.

O decreto nº 493⁴, de 10 de abril de 1992, regulamentou o pagamento da gratificação, especificando as cidades abrangidas pela lei, e que no Mato

³ Art. 17. Será concedida gratificação especial de localidade aos servidores da União, das autarquias e das fundações públicas federais em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, conforme dispuser regulamento a ser baixado pelo Poder Executivo no prazo de trinta dias. Parágrafo único. A gratificação de que trata este artigo: a) é calculada com base nos percentuais de quinze por cento sobre o vencimento do cargo efetivo, no caso de exercício em capitais, e de trinta por cento, em outras localidades; b) não se incorpora ao provento de aposentadoria ou disponibilidade; c) não serve de base de cálculo de contribuição previdenciária; d) (Vetado).

⁴ Art. 1º A Gratificação Especial de Localidade referida no art. 17, da Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991, será concedida aos servidores da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais em exercício em zonas de fronteiras ou nas localidades referidas no Anexo a este Decreto. § 1º A gratificação de que trata este artigo incide sobre o vencimento do cargo de provimento efetivo nos seguintes percentuais: a) quinze por cento, no caso de exercício em capitais; b) trinta por cento, no caso de exercício em outras localidades. § 2º O pagamento da gratificação é devido a partir do inciso do exercício do servidor na localidade para que foi designado, cessando com o seu deslocamento da localidade ou quando da exclusão desta da relação constante do Anexo a este Decreto. § 3º Os servidores já domiciliados nessas localidades passam a perceber a referida vantagem a partir da publicação deste Decreto. § 4º A vantagem de que trata este

Grosso do Sul relacionou Campo Grande, Corumbá, Aquidauana, Coxim, Porto Esperança, Miranda, Dourados, Porto Murtinho, Três Lagoas, Nioaque, Belas Vista, Ponta Porã, Ladário e Mundo Novo. Algumas cidades situadas na fronteira e outras não. Posteriormente a gratificação foi alterada pela Lei 9.527, de 10 de dezembro de 1997, alterando a gratificação para “vantagem pessoal nominalmente identificada” (art. 2º, § 1º⁵), sendo assim devida apenas os integrantes das carreiras federais, antes dessa lei, extinguindo assim o direito a novos servidores.

Atualmente, quem tem regulamentado tal direito, mesmo que de forma precária, são os Militares, Servidores do Ministério Público da União, Servidores da Defensoria Pública da União e as carreiras integrantes da Lei 12.855/13, os quais serão relacionados em tópico próprio.

A constituição de 1988, conhecida como a Constituição cidadã, teve diversas discussões pela Assembleia Nacional Constituinte, que fora instalada em 01 de fevereiro de 1987, com a finalidade de discutir e promulgar a nova carta constitucional. “A instalação da Assembleia Nacional Constituinte ocorreu [...] sob a presidência do Min. José Carlos Moreira Alves, então presidente” do STF (FERREIRA, 1991, p. 75). No dia seguinte a abertura da Assembleia, fora nomeado presidente da Constituinte, o então Dep. Ulisses Guimarães, elaborando o regimento interno da constituinte, o qual fora aprovado em 24 de março.

Para melhor funcionalidade dos trabalhos e divisão das discussões, foram instituídas “vinte e quatro subcomissões incumbidas de elaborar a nova Constituição, em trabalho findo em 24 de maio, aperfeiçoado por oito comissões temáticas, que encaminharam o anteprojeto à Comissão de Sistematização” (FERREIRA, 1991). Importante frisar que a “Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social” (BONAVIDES, 2003, p. 371).

Os direitos sociais trazidos pelas constituições modernas são pilares para a democracia, tentam modernizar e garantir o estado social de direito. Por sua vez, os “direitos fundamentais são oxigênios das Constituições democráticas. O seu reconhecimento fez nascer, [...] as várias teorias sistematizadoras relativas ao caráter geral, à direção teleológica-normativa e ao alcance material de tais direitos” (BONAVIDES, 2003, p. 375).

Decreto não se incorpora aos proventos da aposentadoria ou disponibilidade, nem servirá de base de cálculo para a contribuição previdenciária.

⁵ Art. 2º Ficam extintas as gratificações a que se referem o item VI do Anexo II do Decreto-Lei nº 1.341, de 22 de agosto de 1974, o item V do Anexo IV da Lei nº 6.861, de 26 de novembro de 1980, o Anexo I do Decreto-Lei nº 1.873, de 27 de maio de 1981, e o art. 17 da Lei nº 8.270, de 17 de dezembro de 1991. § 1º A importância paga em razão da concessão das gratificações a que se refere o *caput* deste artigo passa a constituir, a partir da publicação desta Lei e em caráter transitório, vantagem pessoal nominalmente identificada, sujeita exclusivamente a atualização decorrente de revisão geral da remuneração dos servidores públicos federais.

Rui Barbosa (FERREIRA, 1991), entende que a constituição de 1988 é uma “Constituição sintética”, declarando que os grandes traços da constituição devem ser assinalados para demonstrar assim sua natureza, devendo só designar “os assuntos importantes, e que os elementos secundários, em que esses assuntos hajam de consistir, se deduzam da própria natureza de cada um deles”. João Barbosa ensina que (FERREIRA, 1991)

É da natureza das Constituições conterem somente os lineamentos gerais da organização política, que instituem seus princípios essenciais e a discriminação das funções dos diferentes órgãos do Governo, indicando o objeto delas, mas, em geral, sem descer aos meios particulares e às providências, próprias da execução.

Desta forma verifica-se que a constituição é um espelho do que deseja para a existência social e estatal, ela traça preceitos fundamentais que serão delimitadores e norteadores do Estado que se deseja. No entanto, os elementos secundários, os que darão efetivação a constituição, virão por meio das leis ordinárias e complementares, não deixando de ser de extrema relevância o relacionado na carta, dando assim diretrizes constitucionais as leis posteriores (FERREIRA, 1991; BONAVIDES, 2003). As comissões e subcomissões foram instituídas para delimitar o que de importante se queria para esse novo estado, dentre várias discussões sobre direitos fundamentais e sociais, encontra-se as discussões sobre o adicional de penosidade, os quais comenta-se a seguir.

Pode-se observar que nas discussões das Comissões Constituintes que debateu os apontamentos para a constituição de 1988, foram diversos pontos discutidos, e em relação às atividades penosas, muito se discutiu sobre, principalmente em relação a aposentadoria especial para carreiras que exerçam as atividades penosas. “Portanto, há quase quarenta anos a categoria dos jornalistas foi reconhecida como uma das profissões mais desgastantes, penosas, e que exigem a condição de redução do tempo de serviço para concessão da aposentadoria” (BRASIL, 1987c).

A própria comissão, no entanto, ressaltou a extrema dificuldade de “caracterizar a profissão do jornalista como de alta periculosidade, insalubridade e penosa” (BRASIL, 1987c). Por óbvio que a profissão dos que exercem suas atribuições em hospitais, foram alvo de discussão como penosos.

Estamos, sim, tentando fazer justiça a uma classe laboriosa, cujo trabalho é penoso, é difícil. Seguramente, a adoção dessa emenda será um passo importante para que se possa estender o benefício a outras categorias com as mesmas características. Não raramente, o médico, a enfermeira, o auxiliar de enfermagem, todos aqueles que lidam diretamente com o doente têm maior responsabilidade do que os que trabalham em outras áreas. Eles têm a preocupação de procurar imunizar-se, em face do constante risco de contaminações, para não

transmitirem doenças a seus familiares. Seu trabalho é realmente realizado em área insalubre. Agora mesmo, houve o exemplo do acidente de Goiânia, que expôs não só a população, mas principalmente aqueles que trabalham diariamente com radioatividade, com raio-X, a infecções as mais diversas. Isto particularmente num país como o nosso, onde os hospitais estão infestados de doenças endêmicas e epidêmicas.

A importância em analisar as discussões das comissões demonstram como os constituintes originários dispuseram ao criar os preceitos fundantes do Brasil, o que era e o que não era importante para ser incluído no texto constitucional. Falou-se além dessas profissões de outras que também entendiam como penosas, dentre várias citaram trabalhos como raio-x, escavadores, professores, enfermeiros, jornalistas, trabalhos noturnos (BRASIL, 1987b) e outros. Os Servidores Públicos foram incluídos como atividade penosa.

Quando confrontamos este dispositivo com o art. 44, que trata, na Seção II, especificamente dos servidores públicos civis, e que no seu § 7º especifica as vantagens a que terá direito esse servidor público, **quando comparado com os demais trabalhadores, estão assegurados a ele, funcionário público**, o salário-família, a irredutibilidade da remuneração de vencimentos, a garantia de salário fixo, 13º salário, salário de trabalho noturno, repouso semanal remunerado, serviço extraordinário, gozo de férias anuais, licença remunerada a gestantes, redução dos riscos inerentes ao trabalho e **adicional de remuneração para as atividades consideradas penosas** (BRASIL, 1987a, p. 763) (grifos nossos).

Vale destacar que o legislador constituinte originário da carta constitucional quis assegurar aos servidores públicos diversos direitos que foram assegurados aos demais trabalhadores, dentre eles encontra-se o adicional de penosidade, não podendo ser entendido que ele não foi consagrado pelo poder originário.

Existem assim as atividades consideradas penosas pelo legislador, e existem também os locais considerados penosos pelo constituinte, as quais são de localização e particularidades que não podem ser simplesmente explicadas e retratadas.

Do Amazonas nós esperávamos, sobretudo, que houvesse, da parte da Assembleia Nacional Constituinte, um entendimento de que as promessas, as louvas minhas as belezas da Amazônia, as promessas incumidas de diminuição dos desequilíbrios regionais pudessem realmente, através da nova Lei Magna, permitir que tivéssemos caminhos seguros para diminuir a grande diferença que existe entre áreas do Centro-Sul do País e áreas penosas das regiões Norte, Nordeste e até Centro-Oeste.

Como já relacionado no tópico anterior as fronteiras são de uma particularidade que não se pode ser generalizada, o constituinte estava a par

disso, tanto que em suas discussões notou-se grande preocupação com a fronteira e a faixa de fronteira, a exploração e os direitos dos exploradores, os viventes da fronteira e os vizinhos dela. Como já salientado, o Brasil faz fronteira com muitos países devendo diuturnamente estarem em tratativas com esses países.

Nas discussões das comissões, fora declarado e ressaltado que a penosidade não tem relação com a periculosidade, mas que uma não exclui a existência da outra, podendo figurar juntas ou separadas numa mesma atividade, região ou profissão.

O SR. CONSTITUINTE ANTÔNIO CARLOS MENDES THAME: – Observo que a última colocação do constituinte Floriceno Paixão, introduz um elemento a mais que não me havia ocorrido, e S. Ex.^a coloca com muita propriedade. Sugiro então, fique: "quando o segurado exercer atividade penosa ou que o exponha a riscos...", porque a penosa é diferente, a penosa pode não ter risco de nada a ser penosa (BRASIL, 1987d, p. 302).

Neste aspecto, pode-se notar a importância que o constituinte atribuiu as atividades e as realidades penosas de nosso país, passando pelas regiões, profissões, atribuições e realidades que são penosas e que alteram o curso da vida dos cidadãos que vivem ou que tem reflexos dessas realidades. Repara-se ainda que as discussões não afastaram a realidade das fronteiras do país e a preocupação que os Constituintes tiveram com essa região, que como já relacionado, é de extrema relevância para o país (BRASIL, 1987b).

A Lei 8.112/90 que possui como atribuição o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da administração pública direta ou indireta, recebeu na Câmara dos Deputados o número do projeto de lei, como PL 5504, datado de 04 de setembro de 1990.

No entanto, é preciso questionar quais foram as bases para o projeto de lei e qual o intuito de se promulgar uma lei como regime jurídico dos servidores públicos. Essa questão é de extrema importância para o estudo proposto, pois demonstrará as raízes da lei e dos direitos nela contidos.

Ao analisar-se o dossiê do PL 5504, identificou-se que o proponente da lei, o Poder Executivo, ao justificar a existência e a necessidade da lei, atribuiu a norma constitucional, verifica-se que as legislações que baseiam a proposta do PL 5504 são a constituição e os direitos que deverão ser assegurados aos servidores públicos, e dentre eles nota-se o inciso XXIII, do artigo 7º da CF, qual seja, o adicional de penosidade.

Assim, o simples fato de ter sido utilizada como preceitos constitucionais para traçar uma formulação da legislação atual dos servidores públicos, não é

suficiente para entender-se como raiz constitucional da Lei 8.112/90, muito menos do adicional de penosidade.

Todavia, essa realidade e preceito se demonstra pelo próprio direito constitucional, isso pelo fato de a própria carta constitucional não poder garantir a efetivação de todos os direitos nela contidos, devendo assim buscar legislações complementares para o seu exercício, sem que isso deixe que o direito básico seja constitucional. “A nossa atual Constituição, conforme já foi dito, conta com trezentos e quinze artigos; é no fundo uma meia Constituição, pois para a sua exequibilidade depende de trinta e três leis complementares e cerca de cento e trinta leis ordinárias” (FERREIRA, 1991).

José Afonso da Silva (2012), os direitos fundamentais são a internalização ao direito local dos Direitos Humanos, os quais muitas das vezes possuem discussões internacionais, por meio de tratados, convenções e demais documentos normativos internacionais.

Logo, os direitos fundamentais estão previstos na Carta Constitucional, muitos deles sob o título de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, mas não estão somente neste título, possuindo em outras partes da carta direitos também fundamentais. Portanto entender essa raiz constitucional da lei e de seus direitos é garantia da segurança no exercício do direito. “Note-se que as garantias, sobretudo, em sentido restrito e em sentido restritíssimo são elas próprias direitos fundamentais. [...] Assim, a proteção aos direitos fundamentais compreende-se no direito fundamental à segurança” (FERREIRA FILHO, 2016).

Como referido, a ideia de atividade penosa nasce no direito previdenciário e a possibilidade de aposentadoria com menor tempo, pelo fato de estar exercendo atividades consideradas penosas. Em relação ao adicional de penosidade, este possui como primeira expressão nacional o texto constitucional de 1988, que em seu art. 7º refere como direito dos trabalhadores o adicional por atividade penosa, também atribuindo originariamente este direito aos servidores públicos.

A Lei 8.112/90 vem com o intuito de dar garantias aos Servidores Públicos por meio de exercício de direitos constitucionais já garantidos. Um deles é o direito ao adicional de penosidade, o qual, na referida lei traz que o “adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em **zonas de fronteira** ou em **localidades cujas condições de vida o justifiquem**, nos termos, condições e limites fixados em regulamento” (art. 71 da lei) (grifos nossos).

Nasce então duas possibilidades aos servidores públicos de receberem adicional por atividades penosas, sendo consideradas penosas as atividades exercidas em locais de fronteira ou em localidades que as condições de vida justifiquem. No entanto, a lei atribuiu esse direito aos “termos, condições e

limites” que serão fixados por regulamento. Passados mais de vinte anos, e ainda não regulamentado pelo poder legislativo e executivo, e não o será tão logo, por não se tratar de interesse dos governantes o aumento de gastos públicos (BRASIL, 2015), fica assim o direito contido na lei sem poder ser exercido pelo servidor público.

O presente trabalho propõe o estudo do adicional de fronteira para os servidores da carreira da Polícia Federal, o qual já possui amparo legal na Lei 12.855/13 que fora devidamente regulamentada em dezembro de 2017, com início de pagamento em janeiro de 2018. Todavia, o que se quer é demonstrar que ela tem raiz constitucional no mesmo adicional de penosidade acima proposto.

Para isso pode-se notar em parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público, que em reunião do dia 23 de março de 2013, aprova parecer do relator que traça a base e a justificativa da “indenização de fronteira” à Lei 8.112/90 (BRASIL, 2013).

Com o intuito de contornar os obstáculos à preservação do quadro funcional em locais com essas características, o poder público tem a faculdade de conceder aos servidores gratificações ou adicionais vinculados ao exercício em zonas de fronteira ou locais inóspitos. Parcelas remuneratórias dessa espécie somente devem ser percebidas enquanto o servidor permanecer em exercício nos locais que lhes ensejam o pagamento. Cessadas as condições adversas de trabalho, por remoção para outra sede, a pedido ou de ofício, o servidor deixa de fazer jus à gratificação correspondente. Enquadra-se nesse caso, por exemplo, o adicional de atividade penosa, instituído pelo art. 71 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Esse também é, essencialmente, o fundamento para o que se propõe no projeto sob parecer, em que se pretende estabelecer retribuição adicional em favor de servidores com exercício em unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas às ações de prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços.

Revela-se assim que o adicional de penosidade tem raiz constitucional, sendo derivado do direito lá resguardado aos trabalhadores e aos servidores públicos (texto original), bem como que a lei 12.855/13, ao trazer indenização por atividade na fronteira, nada mais faz do que regulamentar um direito constitucional resguardado aos servidores públicos, possuindo assim *status* de direito constitucional e direito fundamental⁶.

⁶ “OS direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, direitos fundamentais formalmente constitucionais, porque eles são enunciados e protegidos por normas com o valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A Constituição admite (afr. art. 16.º), porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que o reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais. [...] A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 405).

De início impõe-se a diferenciação dos direitos de 1ª, 2ª e 3ª gerações. Em um complexo divisor e nada garantidor, determinam essa diferenciação aos conjuntos de direitos fundamentais, chegando na atualidade a poder se falar em direitos da 5ª geração. Mas essa divisão é relevante para o estudo de direito fundamental? Existe base para essa divisão? Um é melhor do que o outro? Inicia-se na distinção desses conceitos iniciais e categorizados referidos, para a discussão posta.

[...] a doutrina dos direitos fundamentais distingue direitos de 1ª, 2ª e 3ª geração, registra o eminente Celso Lafer, que desenvolve assim o tema: os direitos de 1ª geração constituem herança liberal. São os direitos civis e políticos: a) direitos de garantia, que são as liberdades públicas, de cunho individualista: a liberdade de expressão e de pensamento, por exemplo; b) direitos individuais exercidos coletivamente: liberdades de associação: formação de partidos, sindicatos, direito de greve, por exemplo. Os direitos de segunda geração são os direitos sociais, econômicos e culturais, constituindo herança socialista: direito ao bem-estar social, direito ao trabalho, à saúde, à educação, são exemplos; desses direitos. Os de 3ª geração são direitos de titularidade coletiva: a) no plano internacional: direito ao desenvolvimento e a uma nova ordem econômica mundial, direito ao desenvolvimento e a uma nova ordem econômica mundial, direito ao patrimônio comum da humanidade, direito à paz; b) no plano interno: interesse coletivos e difusos, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente.

Essa distinção, como visto, é de grande discussão até os dias atuais entre os estudiosos dos direitos humanos, no entanto, tal distinção não é marco do presente estudo, o estudo aqui defendido retrata uma concepção que supere essas diferenças entre gerações de direitos, “que supere a dicotomia entre direitos individuais e direitos sociais⁷, econômicos e culturais. Para isso, deveríamos começar reivindicando” outros direitos⁸ (FLORES, 2009). Como visto o texto de 1988 ainda inovou “ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, incluindo no catálogo de direitos fundamentais não apenas os direitos civis e políticos, mas também os sociais” (PIOVESAN, 2016).

A dicotomia quando aceita, entre os direitos individuais e sociais, declara que os individuais são de aplicação imediata, não necessitando de normas

⁷ Pode-se conceituar os direitos sociais: “[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade” (SILVA, 2012, p. 286)

⁸ “a) direitos à integridade corporal (contra todo tipo de torturas; de restrições a nossas potencialidades de expressão e crença; de mortes violentas; de mortes evitáveis...); b) direitos à satisfação de necessidades (direitos sociais, econômicos...); c) direitos de reconhecimento (gênero, étnicos, culturais, em definitivo, direitos à diferença)” (FLORES, 2009, p. 84).

complementares, e não podendo ser restritos por ausência de norma; devendo ser garantido imediatamente após a ressalva constitucional. Já os direitos sociais, são programáticos, ou seja, não devem e não são de garantia imediata, devendo os Estados buscar, de forma programática⁹, a sua formação e garantia (PIOVESAN, 2016).

Em relação a emenda constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, como já se relacionou existem discussões sobre sua inconstitucionalidade, inclusive no Supremo Tribunal Federal, ela adveio para alterar diversos normativos dos serviços públicos, e dentre suas alterações, retirou dos servidores públicos o direito aos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, os quais eram garantidos pelo texto constitucional original.

Essa diminuição de direito, foi verdadeiramente um retrocesso social, isso, pelo contrário do que estabelece os defensores da dicotomia, norma programada deve ser ampliada e garantida com o tempo, não restringida ou extinta¹⁰. Supera-se essa dicotomia, no entanto, mesmo seus defensores entendem que o retrocesso não pode prosperar ao se relacionar à direitos sociais (CANOTILHO, 2003; PIOVESAN, 2016; MELLO, 1997).

O princípio da vedação ao retrocesso é garantidor da inviolabilidade das normas que já foram avançadas, impedindo o seu retrocesso, apenas a sua melhoria em garantias e efetividades. O seu objetivo é “de impedir que o legislador utilizasse de práticas arbitrárias para remover” direitos sociais conquistados (POMPEU e PIMENTA, 2017, p. 207). Esse princípio resguarda com afincos o “argumento a favor da imutabilidade dos direitos sociais alcançados em época de estabilidade econômica, cumpre relembrar que o correto seria considerar a estabilidade destas garantias” (POMPEU e PIMENTA, 2017, p. 207).

Em se tratando do direito ao adicional de penosidade, esse foi retirado do rol dos direitos fundamentais dos servidores públicos, constantes da Constituição de 1988, mas não pode prosperar a sua retirada, até pelo fato de ainda constar tal direito no art. 7º, relacionado aos direitos dos trabalhadores, em contrapartida o art. 5º da Constituição, declara que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção entre os servidores públicos e os trabalhadores privados. Devendo assim ser entendida como inconstitucional a emenda, por ser nítido interesse em retroceder nos direitos sociais, vedado pela maioria dos estudiosos.

⁹ Isso quer dizer que o Estado buscará o melhor momento para resguardar, ele deve trabalhar para garantir, analisando os recursos que poderá destinar a isso e se programar para a efetivação, ela não será feita imediatamente, dependendo assim de um desenvolvimento estatal, que pode demorar anos.

¹⁰ “As normas que os definem, com eficácia imediata ou não, importam em obrigações estatais no sentido de proporcionar aos trabalhadores os direitos assegurados e programados. Toda atuação em outro sentido infringe-as” (SILVA, 2012, p. 289), como o caso da emenda constitucional nº 19, que retrocede aos direitos conquistados.

Ocorre que não nos parece inteiramente acertado esse modo de pensar a Constituição de 1988. As emendas têm força impositiva superiores à da lei – certo é dizê-lo -, mas nem por isso estão liberadas da vedação constitucional da imposição de prejuízo ao direito adquirido pelo respectivo titular. Se elas não foram incluídas na disposição literal do inciso XXXVI do art. 5º da Magna Carta [...] foi pela principal razão de que o direito ali referido é exclusivamente o concedido por lei. Não o concedido pela Constituição, diretamente (MELLO, 1997, p. 168).

Além disso, como relacionou-se no trabalho, a Lei 8.112/90 foi construída com base no texto constitucional original, incluindo-se assim o direito ao adicional de fronteira, posteriormente a lei 12.855, vem como desdobramento da 8.112, traçando assim uma linha constitucional, o simples fato de haver uma emenda que vá abolir direitos adquiridos na Constituição, por meio de revisão constitucional, já pode-se notar a violação aos direitos fundamentais. É preciso tomar cuidado com essas ocorrências, pois são geradores de violações ainda maiores, sendo a cada dia mais violados os direitos, e restringindo as garantias.

[...] implica fragilizar o teor protetivo do princípio da segurança, princípio que, como sabido, confere às relações jurídicas um estado de firmeza ou de estabilidade perante o Direito futuro. Hoje é a estabilidade dos funcionários que se lesa por efeito de emenda, amanhã serão as prerrogativas dos membros da Magistratura e do Ministério Público, e assim, de emenda em emenda, o princípio da segurança perderá de vista todo e qualquer direito adquirido. Nesse mesmo fluxo de advertência quanto à inadmissão de emenda à Constituição, fácil é perceber que a derrubada de um direito adquirido também possibilitaria o abate do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, pelo fato de que esses dois outros institutos foram consagrados na mesmíssima regra constitucional de reconhecimento do primeiro. A justificativa para guilhotinar um deles é a mesma para a derruição dos outros dois, e aí já não se tem como escapar à conclusão de que as emendas assim apresentadas tendem efetivamente à abolição da garantia individual da segurança (MELLO, 1997, p. 160).

Para compreender-se melhor essa relação da Emenda Constitucional e das demais leis com o retrocesso ocorrido, criou-se uma linha no tempo, onde se pode identificar temporalmente a discussão que se trava.

Linha temporal da criação do adicional de fronteira no Brasil - Retrocesso social da EC n. 19



Fonte: elaborada pelos autores

Houve assim um retrocesso, vedado pelo princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que houve a garantia do adicional de penosidade na Carta Constitucional, bem como houve desdobramento desse direito

constitucional em leis que vieram regulamentar o direito Constitucional, devendo assim não ser considerada válida a emenda, reestabelecendo a ordem normal e a incorporação ao ordenamento da garantia Constitucional aos Servidores Públicos o direito aos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade. O Estado está para a garantia e manutenção desses direitos não para retroceder nas conquistas (CARVALHO, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As lutas desempenhadas pela concretização do adicional de fronteira são demonstrativos da seu *status* de Direito Humano e Fundamental. Não se pode olvidar toda a história que gira em torno do referido instituto, que demonstram a luta por gerações pela garantia de um direito, houve por vezes discussões no Congresso Nacional quanto a regulamentação de tal direito. Nas assembleias constituintes de 1988, buscou-se demonstrar a importância do reconhecimento das diferenças dos serviços praticados em condições penosas.

A penosidade traz ao trabalhador diversos desgastes tanto físicos como mentais, fazendo com que sua função permaneça diuturnamente mais desgastante do que o normal. São diversos fatores que podem relacionar ou demonstrar que uma atividade é penosa, essa conceituação ou especificação é muito complexa, desencadeando em dificuldades teóricas pois os autores não querem tecer comentários sobre esse instituto, grande parte apenas declara “não estar regulamentado” no direito brasileiro.

Entender as origens do adicional de penosidade e do adicional de fronteira, demonstrou de forma objetiva as raízes teóricas que embasam um pensamento de que esse instituto é um direito humano e fundamental. Nota-se a luta e as conquistas desempenhadas pelos titulares do direito para resguardar e garantir esse direito que é essencial para uma vida que se quer viver, boa de ser vivida na fronteira. Tentando diminuir assim os desgastes momentâneos que essas realidades podem trazer para o servidor público lotado nessas localidades. Verificou-se que os instrumentos internacionais garantem um ambiente de trabalho digno de se trabalhar, com condições mínimas para o trabalhador, devendo o Poder Público diminuir ao máximo as influências negativas ao exercer-se as atividades.

Compreender que os direitos fundamentais constantes da Constituição são direitos humanos internalizados pelo direito local é compreender a relevância dos institutos e não aceitar violações, restrições ou usurpações de direitos constantes nas cartas constitucionais. Como se vê a emenda constitucional n. 19/98, é eivada de vícios, traçando um esvaziamento do direito ao adicional de penosidade/fronteira aos servidores públicos, existindo assim um retrocesso

social, o qual não pode ser aceito, não pode alterar as raízes constitucionais do adicional de fronteira, o qual tem guarida no direito constitucional, nos direitos fundamentais, pois dele decorrem.

O trabalho não é findado, a pesquisa como sempre está aberta a novas reanálises e contraprovas, podendo assim o estudo ser desenvolvido novamente em outras profundidades, sobre outros nortes e com novos embasamentos.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**. 29. Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. **Assembleia Nacional Constituinte: Atas da Comissão de Sistematização I**.1987a. Brasília: CN, 1987.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Suspensos processos que discutem pagamento de indenização de fronteira a servidores federais. 2017c. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Suspensos-processos-que-discutem-pagamento-de-indeniza%C3%A7%C3%A3o-de-fronteira-a-servidores-federais>. Acesso em: 05 abr. 2020.

_____. Congresso Nacional. **Assembleia Nacional Constituinte: Atas da Comissão de Sistematização II**.1987b. Brasília: CN, 1987.

_____. Congresso Nacional. **Assembleia Nacional Constituinte: Atas da Comissão de Sistematização III**.1987c. Brasília: CN, 1987.

_____. Congresso Nacional. **Assembleia Nacional Constituinte: Atas da Comissão da Saúde, Segurança e do Meio Ambiente**.1987d. Brasília: CN, 1987.

_____. Congresso Nacional. Projeto de lei n. 138/2016. Altera a CLT para, em face do disposto no art. 7º, XXIII, da Constituição, disciplinar o adicional por atividades penosas, que submetem o trabalhador à fadiga física ou psicológica, na proporção de 40%, 20% e 10% da remuneração do empregado, conforme classificadas, respectivamente, nos graus máximo, médio e mínimo, sem prejuízo de o empregador observar os períodos de descanso e as normas de Medicina e Segurança do Trabalho. Sen. Paulo Paim. 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125308>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

_____. Congresso Nacional. Projeto de lei n. 4.243/2008. Acrescenta dispositivos a CLT, para dispor sobre atividades penosas, adicional de penosidade e dá outras providências. Dep. Maurício Rands. 2008. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=414728>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. Congresso Nacional. Projeto de lei n. 7.663/2006. Altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, da Lei nº 605, de 1949 e da Lei nº 7.369, de 1985, e dá outras providências. Dep. Daniel Almeida. 2006. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=338616>>. Acesso em: 11 mai. 2020.

_____. Juizado Especial Federal Dourados/MS. TRF3. Sentença. 2015. Juíza Federal Marilaine Almeida Santos. Disponível em <http://web.trf3.jus.br/noticias/uploaddir/file/Adicional%20de%20Fronteira%20-%200001707-74_2015_4_03_6202-MS.pdf>. Acesso em 10 mai. 2020.

_____. Ministério da Integração Nacional. **Bases para uma Proposta de Desenvolvimento e Integração da Faixa de Fronteira**. Brasília: MI, 2010.

_____. Ministério da Integração Nacional: Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional. 2009. **Faixa de Fronteira. Programa de Promoção do Desenvolvimento da Faixa de Fronteira – PDFF**. Brasília: Secretaria de Programas Regionais. 2009.

_____. Ministério da Integração Nacional: Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional. 2016. **Segurança Pública nas Fronteiras: diagnóstico socioeconômico e demográfico**. Ipea. Brasília: Secretaria de Programas Regionais. MI, 2016.

_____. Ministério da Integração Nacional: Secretaria de Políticas de Desenvolvimento Regional. 2017. **Fronteiras do Brasil: diagnóstico e agenda de pesquisa para Políticas Públicas**. Ipea. Vol. II. Brasília: Secretaria de Programas Regionais. MI, 2017a.

_____. Ministério do Planejamento. **MP define municípios para o pagamento do adicional de fronteira**. 2017b. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticias/mp-define-municipios-para-pagamento-do-adicional-de-fronteira>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. 2013a. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=552476>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. 2013b. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03ABR2013.pdf#page=302>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1991.

FLORES, Joaquim Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

_____. 16 premisas de una teoría crítica del derecho. In: PRONER, C.; CORREAS, O. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos**. Belo Horizonte. Ed. Fórum. 2011.

_____. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis. Fundação Boiteux. 2009.

LOBO, Bárbara Natália Lages. **Interpretações atuais sobre o adicional de penosidade: O fenômeno da “Constitucionalização” e seus reflexos no Direito do Trabalho**. 2014. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/27244>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo, SP: Saraiva. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 16ª ed. São Paulo, SP: Saraiva. 2016.

POMPEU, Gona Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O Princípio da Vedação do Retrocesso Social diante da crise econômica do século XXI. 2017. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwj7z4Ljr-PaAhVDG5AKHWbAAPMQFggoMAA&url=https%3A%2F%2Fperiodicos.unipe.br%2Findex.php%2Fdireitoedesenvolvimento%2Farticle%2Fdownload%2F296%2F278&usq=AOvVaw00hSc-FTPi6eVNrF5KYp5M>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015.

SILVA, Maria Auxiliadora da. **Adicional de atividades penosas**. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. 2005. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema8/2005_10413.pdf>.

DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: ANÁLISE BIBLIOMÉTRICA DA PESQUISA JURÍDICA NO BRASIL

ALBERT VINICIUS ICASATTI¹
WASHINGTON CESAR SHOITI NOZU²

INTRODUÇÃO

Há muito tempo que se coloca em debate o direito humano à educação, sobretudo no contexto reconstrutivo político, econômico e social, do pós-segunda guerra mundial. Desde então, discussões têm sido realizadas em torno da abrangência, dos sujeitos e dos caminhos para a ampliação do direito à educação.

A partir da década de 1990, a defesa da universalização e da democratização do ensino ganha corpo junto ao movimento internacional de “Educação para Todos”. As ideias advogadas no bojo desse movimento desdobraram-se na sustentação da educação inclusiva, oportunizando novos olhares e novas propostas políticas e práticas para a escolarização de grupos historicamente marginalizados, como é o caso das pessoas com deficiência.

Essas influências globais foram incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro, fortalecendo a concepção da pessoa com deficiência como sujeito do direito à educação. A educação compreendida, portanto, como um direito elementar, humano e fundamental, necessita ser efetivada, de modo que seja

¹ Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Bacharel em Direito pela UFGD. Bacharel em Tecnologia em Produção Publicitária pelo Centro Universitário da Grande Dourados (Unigran). Assessor de Defensor Público da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (DPE/MS). E-mail: albert_ksat@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1204369121773004>>.

² Doutor e Mestre em Educação pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Especialista em Filosofia e Direitos Humanos pela AVM Faculdade Integrada. Especialista em Educação, Licenciado em Pedagogia e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Docente Permanente dos Programas de Pós-Graduação em Educação (PPGEdu) e em Fronteiras e Direitos Humanos (PPGFDH) da UFGD. E-mail: wcsn1984@yahoo.com.br. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4755838697434676>>.

garantido o acesso, a participação, a permanência e a aprendizagem das pessoas com deficiência nos espaços escolares.

Entretanto, a despeito das disputas discursivas entre instituições especializadas e rede regular de ensino pela preferência à educação da pessoa com deficiência, no Brasil, “a grande maioria dos alunos com necessidades educacionais especiais está fora de qualquer tipo de escola” (MENDES, 2010, p. 106).

Em face dessa problemática complexa, que requer análises políticas, científicas, educacionais, econômicas, sociais e culturais, o presente texto, delimitando seu alcance, atenta-se à tratativa que as pesquisas jurídicas têm dado à temática. Isso porque, a pesquisa científico-jurídica é um importante meio de diálogo entre a comunidade acadêmica e a sociedade, podendo contribuir de maneira significativa com gestores públicos, uma vez que os resultados dos trabalhos desenvolvidos podem apresentar indicadores relevantes para o desenvolvimento de políticas voltadas à efetivação do direito à educação da pessoa com deficiência.

Nessa direção, adverte-se que a compreensão de pesquisa jurídica focalizada no direito à educação da pessoa com deficiência reivindica, dado o fenômeno social perscrutado, perspectivas interdisciplinares. Conforme Bittar (2011, p. 38),

[...] para se conhecer e estudar, aprofundada e adequadamente, o direito, é necessário que isto seja feito na base da interdisciplinaridade. A importância de uma formação jurídica interdisciplinar já foi mais do que perseguida e bem discutida, mas não custa afirmar que sua tarefa escolpiu uma nova forma de pensar e pesquisar o direito.

Considerando o nível de aprofundamento, os programas de pós-graduação *stricto sensu* brasileiros constituem-se no celeiro de produção do conhecimento científico, cujas materialidades são apresentadas por meio de dissertações de mestrado e teses de doutorado (SEVERINO, 2009).

Diante dessas ponderações, este texto almeja apresentar indicadores da pesquisa jurídica no Brasil sobre o direito à educação da pessoa com deficiência, a partir da análise de dissertações e de teses oriundas de programas de pós-graduação em direito.

Para a consecução do objetivo estabelecido, o trabalho apoiou-se na metodologia do estudo bibliométrico, com aporte da revisão bibliográfica. A bibliometria oportuniza a análise de um determinado objeto de estudo por meio da elaboração de estatísticas e de indicadores produzidos a partir de produções científicas (SILVA; HAYASHI; HAYASHI, 2011).

Com a análise bibliométrica é possível obter indicadores que auxiliam na avaliação da atividade científica de autores, áreas do conhecimento,

universidades, distribuições espaciais e temporais, dentre outros pontos de observação, a partir da realização de um estudo quantitativo das publicações (SILVA; HAYASHI; HAYASHI, 2011).

Os dados foram obtidos por meio consulta realizada em dois bancos digitais de dissertações e teses, quais sejam, o Catálogo de Teses e Dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior³ (CAPES) e a Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações do Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia⁴ (IBICT). Para a busca⁵ foram utilizados os descritores “Direito”, “Educação” e “Pessoa com Deficiência”, sendo utilizado como filtro apenas as produções realizadas na área do direito, sem delimitação temporal. A busca revelou a existência de trabalhos que não foram disponibilizados nas plataformas digitais, motivo pelo qual eles não integraram o corpo documental analisado.

A sistematização dos dados deu-se mediante uso de um protocolo, com a submissão das informações coletadas a um registro em planilha do software da Microsoft denominado Excel, definindo-se a matriz bibliométrica, como orienta Hayashi (2013). Foram catalogados na planilha os seguintes dados: banco de dados, tipo de documento, nível, instituição de ensino superior, ano da produção, região do país, nível de ensino avaliado, palavras-chave e metodologia. Trilhado este percurso, foi procedida a análise e interpretação dos resultados, através dos indicadores elaborados.

À guisa de contextualização, antes de apresentar os indicadores bibliométricos, o manuscrito abordará, na sequência, aspectos político-normativos e teóricos relativos ao direito à educação da pessoa com deficiência.

1. DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, como precursora de direitos reconhecidos como inerentes à condição humana pela comunidade internacional, publicada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no momento crítico da sociedade global em virtude das consequências desastrosas da segunda guerra mundial, previu em seu artigo XXVI a instrução gratuita e obrigatória como um direito universal, necessária ao “pleno desenvolvimento da personalidade” e ao “fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais” (ONU, 1948).

³ Disponível em: <<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>>.

⁴ Disponível em: <<http://bdtd.ibict.br/vufind/>>.

⁵ A coleta nos bancos de dados foi realizada em maio de 2020.

Para conferir exigibilidade do texto político da Declaração de 1948, frente aos Estados signatários das cláusulas compromissórias, a Assembleia Geral das ONU adotou, em 19 de dezembro de 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, reafirmando o direito à educação como um direito humano, portanto, universal.

A educação seguiu sendo protegida por documentos internacionais de grande relevância como é o caso do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), também conhecido como Protocolo de San Salvador, e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), os quais endossavam o seu aspecto universal. Entretanto, a intensificação e disseminação do debate relacionado ao direito à educação, no cenário internacional, se deram a partir da década de 1990.

O discurso de uma “Educação para Todos” esteve presente em três declarações elaboradas no âmbito da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), são elas: Declaração de Jomtien (1990), Declaração de Dakar (2000) e Declaração de Incheon (2015). A necessidade de tutelar o direito à educação decorreu do reconhecimento da comunidade internacional de que o acesso e a qualidade da educação eram insatisfatórios, principalmente para as populações mais vulnerabilizadas.

Nesse processo, a Declaração de Salamanca (1994) merece especial destaque por ter incorporado à defesa da democratização do ensino a ideia de escola inclusiva, podendo ser considerada o berço dessa proposta (NOZU; ICASATTI; BRUNO, 2017). Este documento em prol da escola inclusiva versa especificamente sobre princípios, políticas e práticas na área das necessidades educativas especiais, abordando uma nova forma de pensar e estruturar a educação especial e a escolarização de pessoas com deficiência.

Para Glat e Pletsch (2011), a Declaração de Salamanca explicita que a educação inclusiva não tem um público alvo delimitado; no entanto, ela realça os interesses dos alunos com necessidades educacionais especiais, diante da vulnerabilidade histórica e exclusão a que foram submetidos no processo de escolarização.

A reunião das quatro declarações mencionadas fortaleceu a perspectiva democrática, inclusiva e equitativa do direito à educação, estabelecendo-se, em favor das pessoas com deficiência, mas não só, o direito a uma escola que possibilite a todos não apenas o acesso, mas a permanência e o sucesso acadêmico, com atendimento às necessidades específicas de cada aluno por meio da remoção de obstáculos que interferem no processo de ensino-aprendizagem (GLAT; BLANCO, 2009; GLAT; PLETSCHE, 2011; SOUZA; PLETSCHE, 2017).

Assim, a educação inclusiva constituiu-se, discursivamente, em um dos pilares que sustentam a educação da pessoa com deficiência, orientando que as

necessidades educacionais especiais desses indivíduos, capazes de interferir em seu rendimento escolar, devem ser atendidas pela escola (GLAT; BLANCO, 2009).

No cenário nacional, a Constituição Federal, promulgada em 1988, previu o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, como forma de atender à universalidade do direito à educação respeitando o princípio da equidade. O Brasil conta ainda com outros documentos político-normativos que tratam sobre o direito à educação das pessoas com deficiência, como é o caso da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), a Resolução do CNE/CEB n. 2/2001, a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (2008), o Decreto n. 7.611/2011, e a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

No dia 13 de dezembro de 2006, em reunião da Assembleia Geral, a ONU adotou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, aprovou a convenção que, por fim, foi promulgada por Luiz Inácio Lula da Silva, à época Presidente da República, no dia 25 de agosto de 2009, através do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. A Convenção tem destacada importância, pois como versa sobre matéria de direitos humanos e foi aprovada por quórum qualificado nas duas casas legislativas que compõe o Congresso Nacional, adquiriu *status* de Emenda Constitucional, em conformidade com o procedimento previsto no §3º Art. 5º da Carta de 1988. “Esse tratado internacional de direitos humanos altera o conceito de deficiência, visando deslocar o foco da pessoa para o ambiente” (SANTOS, 2015, p. 13).

Foi baseado nesta Convenção que o Estatuto da Pessoa com Deficiência foi elaborado. Assim como a Convenção, o Estatuto possui um tópico próprio para tratar sobre o direito à educação das pessoas com deficiência, sendo quase uma reprodução fidedigna daquele texto, não fosse por alguns acréscimos. Entretanto, nestes documentos não foram abordados a estrutura escolar, pedagógica, ou realizadas indicações sobre o atendimento educacional especializado para responder às diversas necessidades educacionais especiais, especificidades que ficaram relegadas a decisões administrativas do ministério da educação em conjunto com secretarias estaduais e municipais de educação.

Todo este aparato político-normativo, desde os mais genéricos aos mais específicos, não tem sido suficiente para evitar que as pessoas com deficiência continuem a enfrentar dissabores e obstáculos para satisfazer o direito humano fundamental à educação. São questões de diversas ordens que circulam entre os gestores públicos, gestores escolares, professores, alunos, familiares, comunidade acadêmica e a própria sociedade, e atuam como fator de exclusão educacional das pessoas com deficiência.

Ainda existem intensos debates conceituais sobre o atendimento educacional especializado, sobre o espaço-tempo de sua oferta, sua distinção com a educação especial e com a educação comum. Há confusões, no contexto da prática, quanto aos alunos que devem receber atendimento educacional especializado, em razão da amplitude conceitual de necessidades educacionais específicas. Pode-se falar ainda na instabilidade do conceito de pessoa com deficiência e na dificuldade de implementação da perspectiva inclusiva na educação especial, ocasionada por distintos motivos, mas também por questões de ordem discriminatória e resistência dos envolvidos.

O Brasil tem empregado esforços políticos para implementar o modelo de educação de via única, que é caracterizado pela adoção de práticas e políticas orientadas para a escolarização de quase todos os alunos no mesmo sistema de ensino, dotado de serviços de apoio especializados. Contudo, divergências e resistências emergem com latência, diante da histórica adoção do modelo de vias paralelas, qual seja aquele constituído por dois sistemas educacionais completamente distintos, um dedicado apenas ao público alvo da educação especial e outro para os demais ditos como “normais” (MENDES; CABRAL, 2014).

Bruno (2000) destaca que, numa perspectiva inclusiva, é tarefa da instituição escolar encontrar os meios de educar de forma exitosa todos os alunos, não importando suas condições físicas, sensoriais, intelectuais ou emocionais. Sustenta que o paradigma inaugurado migra o foco da deficiência para o aluno e o processo de aprendizagem, este moldado de acordo suas necessidades educacionais específicas, eliminando-se as barreiras com que ele se depara.

As necessidades educacionais especiais representam significativas dificuldades reveladas por alunos no decorrer do processo de aprendizagem e formação, e sua negligência pode acarretar no comprometimento do direito à educação. Tais necessidades podem decorrer de causas orgânicas determinadas ou se relacionar com condições, disfunções, limitações, incluindo sujeitos que tenham dificuldades de comunicação ou até mesmo altas habilidades/superdotação (DUK, 2006; BUENO, 2008).

A análise dessas questões, no Brasil, tem um protagonismo na comunidade científica relacionada a área da educação. Em razão disso, este trabalho atenta-se à movimentação da pesquisa científica desenvolvida pelos programas de pós-graduação *stricto sensu*, mestrado e doutorado, em direito, considerando que a produção do conhecimento, no cenário brasileiro, decorre da contribuição maciça, e praticamente restrita, das universidades (SILVA; HAYASHI; HAYASHI, 2011).

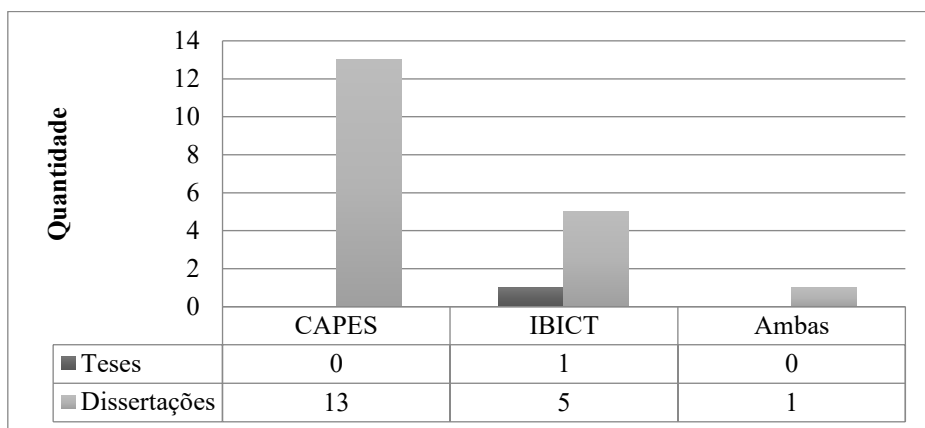
2. INDICADORES BIBLIOMÉTRICOS SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: MAPEAMENTO DAS PESQUISAS JURÍDICAS

O levantamento nas plataformas digitais da CAPES e do IBICT fez uso da combinação dos descritores “Direito”, “Educação” e “Pessoa com Deficiência”,

sem recorte temporal, com vistas à alcance do maior número de produções. O único filtro utilizado refere-se ao direito como área do conhecimento.

Inicialmente, no banco da CAPES foram encontradas 21 produções, no entanto, três não tinham pertinência temática e quatro não estavam disponíveis. No banco do IBICT, os resultados primários indicaram 11 produtos, dos quais um não tinha pertinência temática, um abordava o direito à educação da pessoa com deficiência de forma subsidiária e dois não foram disponibilizados pelos respectivos autores. Assim, aplicados os critérios de inclusão e de exclusão, restaram 20 trabalhos, 13 deles na plataforma da CAPES, seis na base do IBICT e um em ambas as bases. A relação entre a quantidade das produções e as bases de dados é apresentada no Gráfico 1.

Gráfico 1: Distribuição da Produção de Teses e Dissertações por Base de Dados

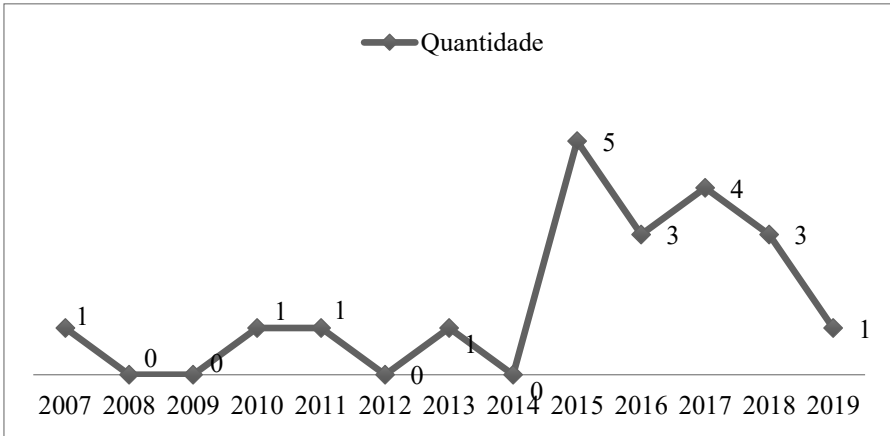


Fonte: elaborado pelos autores.

Há um predomínio de trabalhos disponíveis na plataforma da CAPES. Ainda, a produção jurídico-científica sobre o direito à educação de pessoas com deficiência concentra-se, hegemonicamente, no formato de dissertações (19 trabalhos), com o registro de apenas uma tese. Este dado sinaliza a escassez de produções jurídicas sobre o tema, bem como as lacunas que indicam possibilidades de aprofundamento em nível de doutorado.

O Gráfico 2 informa o número de produções e sua movimentação temporal, por ano.

Gráfico 2: Distribuição Temporal da Produção



Fonte: elaborado pelos autores.

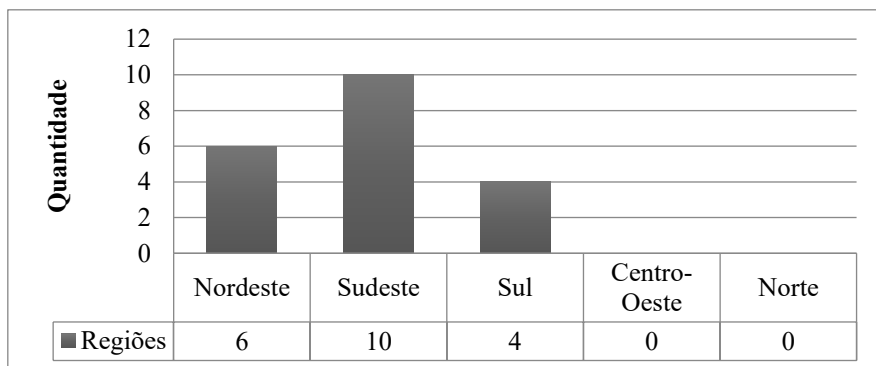
O Gráfico 2 traz um dado importante, pois pode indicar, no tempo, o interesse da área jurídica sobre a temática. Apesar do banco da CAPES conter registros da produção acadêmica há mais de três décadas, com início em 1987, e a base do IBICT a partir de 2002 (NOZU; RIBEIRO; BRUNO, 2018), somente foram encontradas pesquisas jurídicas sobre o tema em debate a partir do ano de 2007.

Uma das hipóteses é a influência da proposta de inclusão escolar das pessoas com deficiência, a partir da segunda metade dos anos 2000 (NOZU; ICASATTI; BRUNO, 2017), sobretudo com a publicação, em 2008, da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva.

Além disso, destaca-se a intensificação dos debates sobre os direitos da pessoa com deficiência, em razão da apreciação do projeto de Lei n. 7699/2006 pelo Congresso Nacional, que pressionado pelo movimento das pessoas com deficiência, aprovou a Lei n. 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), sancionada e promulgada pelo governo federal em julho do mesmo ano.

A partir da localização geográfica dos programas de pós-graduação em direito dos/as autores/as das pesquisas jurídicas sobre o direito à educação da pessoa com deficiência, elaborou-se o Gráfico 3.

Gráfico 3: Distribuição da Produção por Regiões do País



Fonte: elaborado pelos autores.

A maioria das produções encontra-se vinculada a programas de pós-graduação em direito da região Sudeste, seguida da região Nordeste e Sul. Não foram encontrados trabalhos sobre o tema, tendo o direito como área do conhecimento, nas regiões Centro-Oeste e Norte.

Salienta-se que estes dados devem ser analisados com estrita relação ao número de programas de pós-graduação *stricto sensu* em direito nas diferentes regiões brasileiras. Em consulta realizada junto à Plataforma Sucupira da CAPES⁶, obteve-se o resultado de 121 programas avaliados e reconhecidos na área de direito, no Brasil, sendo que: 48 estão localizados no Sudeste, 34 no Sul, 21 no Nordeste, 13 no Centro-Oeste e cinco no Norte (CAPES, 2020).

A distribuição da produção em pauta por dependência administrativa das instituições de ensino superior, nas quais estão vinculados os programas de pós-graduação em direito, é elucidada no Gráfico 4.

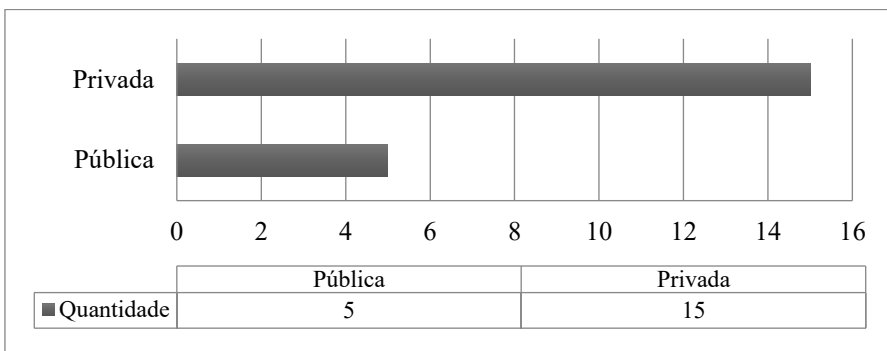
As pesquisas jurídicas, em nível de pós-graduação *stricto sensu*, relacionadas ao direito à educação da pessoa com deficiência, tem sido desenvolvidas, predominantemente, por instituições de ensino superior de natureza privada. As cinco produções vinculadas às instituições públicas, são oriundas de programas de universidades federais.

Diante desse cenário, denota-se a necessidade de os programas de pós-graduação em direito das universidades públicas, dado o seu compromisso social, ocuparem-se, com mais atenção, do objeto sob análise, explorando, interdisciplinarmente, o fenômeno jurídico nos desdobramentos da educação da pessoa com deficiência.

⁶ Disponível em: <<https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/quantitativoBuscaAvancada.jsf>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

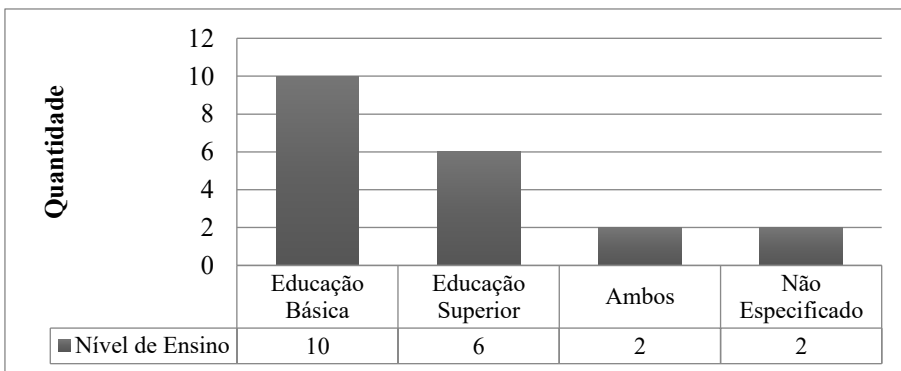
Para conhecer os níveis de ensino que foram explorados pelas produções levantadas, apresenta-se o Gráfico 5.

Gráfico 4: Distribuição da Produção por Dependência Administrativa



Fonte: elaborado pelos autores.

Gráfico 5: Distribuição da Produção por Nível de Ensino Investigado



Fonte: elaborado pelos autores.

O Gráfico 5 mostra que a maior parte dos trabalhos fez a opção de tratar de apenas um nível de ensino, circunstância que pode se explicada pela necessidade de uma maior delimitação de tema nas pesquisas realizadas nos cursos de mestrado e doutorado.

As pesquisas jurídicas sobre a educação da pessoa com deficiência focalizam suas análises, predominantemente, no âmbito da Educação Básica, que compreende as etapas da Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio, compreendendo a faixa etária obrigatória de escolarização, ou seja, dos quatro ao dezessete anos (BRASIL, 1996). Na sequência, seis trabalhos deram

ênfase à Educação Superior para a pessoa com deficiência, dois estudos se desbravaram na observação que abrangia os dois níveis de ensino, e uma única produção fez uma discussão genérica sobre o direito à educação sem vinculá-la aos níveis, etapas ou modalidades de ensino.

Interessou a este estudo bibliométrico o exame das palavras-chave empregadas nas produções. Ao se referirem às palavras-chave, Brandau, Monteiro e Braile (2005, p. VII) aduzem que

Um item importante que os autores devem atentar na submissão de um trabalho para publicação é a definição dos descritores ou palavras-chave. Tais termos são de grande valor para a indexação, pois muitos pesquisadores da área de saúde, apenas para delimitar um campo da ciência, os utilizam na busca de informações para pesquisar sobre doenças, técnicas cirúrgicas ou mesmo escrever um trabalho. Caso eles não estejam de acordo com a nomenclatura das bases de dados, o artigo corre o risco de não ser encontrado e, portanto, nem citado. Assim, a informação fica perdida.

Para sistematizar a utilização de determinadas palavras-chaves nas produções, foram criadas cinco categorias (Deficiência, Inclusão, Direito, Políticas e Nível de Ensino), por meio das quais é possível visualizar a incidência, pelo número de menções, junto às pesquisas.

Tabela 1: Incidência de Palavras-Chaves na Produção

Categoria	Menções	Palavras-Chave Relacionadas
Deficiência	15	Pessoas com deficiência / deficiência intelectual / transtorno global do desenvolvimento / crianças com espectro autista
Direito	14	Direito fundamental / direito à educação / direito fundamental à educação / direitos sociais / educação e direitos das pessoas com deficiência
Inclusão	12	Educação inclusiva / inclusão / inclusão social / inclusão de pessoas com deficiência
Nível de Ensino	6	Ensino superior / educação superior / rede regular de ensino / curso de direito / UNISC
Políticas	5	Políticas públicas / acessibilidade arquitetônica e nas comunicações / instrumentos de garantia /

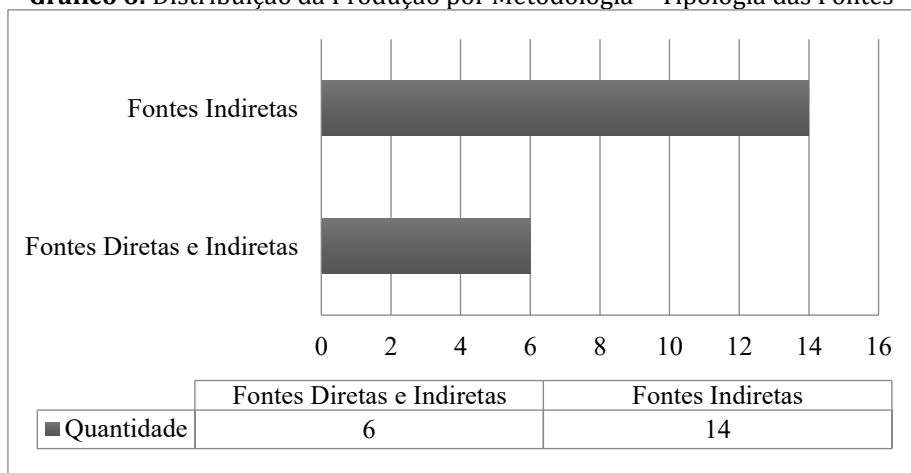
Fonte: elaborado pelos autores.

A Tabela 1 sinaliza a prevalência da categoria deficiência nas palavras-chave, seguida das categorias direito, inclusão, nível de ensino e políticas. As palavras “Pessoa com deficiência” e “Direito” foram utilizadas como descritores para a realização do levantamento junto às bases da CAPES e do IBICT, o que explica, de certa forma, a incidência nas palavras-chave dos trabalhos. Além disso, supõe-se que a categoria inclusão seja evidenciada, em razão do paradigma atual que advoga pela plena participação da pessoa com deficiência em todos os espaços sociais (BRASIL, 2015).

Por fim, foram elaborados indicadores sobre as metodologias adotadas pelas produções jurídicas sobre a educação da pessoa com deficiência. Diante das múltiplas classificações, optou-se por agrupar as pesquisas pela tipologia das fontes diretas e indiretas.

Markoni e Lakatos (2003) esclarecem que para o levantamento de dados, o pesquisador tem a sua disposição documentações diretas e indiretas. As fontes diretas são aquelas obtidas por meio de pesquisa empírica, cujos dados são coletados diretamente no local de ocorrência dos fenômenos. Por sua vez, as fontes indiretas resultam de pesquisa documental (fontes primárias) e bibliográfica (fontes secundárias). No Gráfico 6, apresenta-se a metodologia empregada nos trabalhos, com base na tipologia das fontes.

Gráfico 6: Distribuição da Produção por Metodologia – Tipologia das Fontes



Fonte: elaborado pelos autores.

As pesquisas jurídicas que abordam a questão do direito à educação da pessoa com deficiência são embasadas, predominantemente, em fontes indiretas, como documentos, legislações, jurisprudências, decisões judiciais, livros, doutrinas, artigos científicos, dentre outros materiais escritos. As fontes

diretas, via questionários, entrevistas e observação, associadas às indiretas, foram utilizadas em menos da metade das produções levantadas, evidenciando, assim, uma lacuna que pode ser preenchida por pesquisas futuras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É expressivo o número de pessoas que convive com algum tipo de deficiência, em seus mais variados graus e necessidades específicas (IBGE, 2010). Por muito tempo, e ainda nos dias atuais, foi lançado um olhar aviltante às pessoas que possuem deficiências físicas, intelectuais ou sensoriais, que, considerando a interposição de barreiras ambientais, estruturais, materiais, humanas e atitudinais, têm sua participação plena e efetiva na sociedade prejudicada.

O preconceito, o desprezo, a falta de intenção política são impeditivos do tratamento equitativo entre as pessoas com deficiência e as demais na dinâmica social. Historicamente, no Brasil, a segregação, a marginalização, a vulnerabilização das pessoas com deficiência reforçam as práticas de assistencialismo, de filantropia, de tutela e de caridade, distanciando a concepção desses sujeitos como detentores de direitos.

Os movimentos de pessoas com deficiência têm travado muitas batalhas em busca do respeito à dignidade, da inclusão, da autonomia e da plena participação. No entanto, em pleno século XXI, a pessoa com deficiência ainda se depara com a exclusão, o desrespeito, a falta de empatia, e vê, diariamente, seus direitos violados.

A educação é um desses direitos que, ainda que tenha se fortalecido e vestido a roupagem da inclusão, ainda não é “para todos”, muito embora seja reconhecida como um instrumento garantidor da fruição de outros direitos. Nessa direção, entende-se que a pesquisa científica é relevante por possuir um grande potencial contributivo com as mudanças sociais.

Em face dessa compreensão, este texto apresentou indicadores, por meio da análise bibliométrica, das pesquisas jurídicas sobre a educação da pessoa com deficiência, produzidas nos programas de pós-graduação em direito no Brasil.

Os indicadores bibliométricos retratados possibilitam conhecer algumas pistas do cenário da produção jurídico-científica brasileira sobre a temática, considerando dissertações de mestrado e teses de doutorado, tendo como principais resultados: a) a plataforma da CAPES possui o maior número de produções, com 13 disponibilizações, ao passo que a base do IBICT tem seis trabalhos; uma dissertação aparece em ambos os bancos de dados; b) do total de 20 trabalhos levantados, 19 são dissertações e um é tese; c) a distribuição temporal das pesquisas compreendeu o período de 2007 a 2019; d) a região Sudeste

apresenta o maior número de investigações (10), seguidas das regiões Nordeste (seis) e Sul (quatro); Centro-Oeste e Norte não registraram trabalhos sobre o tema; e) as instituições de ensino superior privadas possibilitaram a concretização de 15 pesquisas, ao passo que as universidades federais, cinco; f) a ênfase dos trabalhos, quanto ao nível de ensino, se dá na Educação Básica (10), seguida pela Educação Superior (seis); g) as palavras-chave relacionadas às categorias deficiência, direito e inclusão prevalecem nas pesquisas; h) as fontes indiretas, primárias ou secundárias, são predominantes nas investigações jurídicas sobre o objeto em tela.

Destacam-se os limites do estudo exposto, sobretudo em razão dos trâmites de alimentação das bases de dados feita pelos programas até a disponibilização *on-line* das produções. Nesse sentido, produções já defendidas junto aos programas de pós-graduação em direito, no período de 2007 a 2019, podem não estar disponíveis às consultas nas plataformas da CAPES e do IBICT. Além disso, há variações dos resultados das buscas, ainda que realizadas na mesma data.

À guisa de (re)conhecimento e de (re)construção das pesquisas sobre o direito à educação da pessoa com deficiência, evidenciam-se cinco dissertações de mestrado, que não entraram no estudo bibliométrico desenvolvido neste texto, produzidas no âmbito dos programas de pós-graduação interdisciplinares da região Centro-Oeste, a saber: o Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (PPGIDH) da Universidade Federal da Goiás (UFG) e o Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos (PPGFDH) da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Conforme Bittar (2011), as pesquisas que abordam o fenômeno jurídico sob o viés interdisciplinar, desde que observem o rigor metodológico, podem ganhar em potencialidade analítica.

O PPGIDH da UFG promoveu a elaboração da dissertação *Os caminhos da política de acessibilidade da UFG como afirmação dos direitos da pessoa com deficiência*, de Katariny Laboré Barbosa da Luz (2018).

Por sua vez, o PPGFDH da UFGD oportunizou a confecção de quatro dissertações: *Discurso jurídico da educação especial: decisões do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul*, de João Paulo Coimbra Neto (2019); *Direito à educação inclusiva nos países membros do Mercosul*, de Albert Vinicius Icasatti (2019); *Sistema de reserva de vagas para sujeitos com deficiência na universidades federais do Centro-Oeste brasileiro*, de Luana Rigotti Caiano Costalonga (2019); *Inclusão de camponeses público-alvo da educação especial em escolas da região da Grande Dourados*, de Eduardo Adão Ribeiro (2020).

Diante de todas as considerações, evidencia-se que há um espaço vasto, frutífero e denso disponível para atuação das comunidades científicas ligadas às áreas do direito e com conexões interdisciplinares na investigação da educação

da pessoa com deficiência. Isso porque, considera-se necessário, importante e socialmente relevante, a contribuição das perspectivas jurídico-interdisciplinares, tanto para a produção do conhecimento, como na luta pela garantia e concretude dos valores e princípios constitucionais relativos à assunção da pessoa com deficiência como sujeito de direitos, particularmente do direito à educação.

REFERÊNCIAS

BITTAR, E. C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Imprensa Oficial, 1988.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Brasília: Diário Oficial da União, 1996.

_____. **Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – Lei 13.146, de 6 de julho de 2015**. Brasília: Diário Oficial da União, 2015.

BRANDAU, R.; MONTEIRO, R.; BRAILE, D. M. Importância do uso correto dos descritores nos artigos científicos. **Rev. Bras. Cir. Cardiovasc**, São José do Rio Preto, v. 20, n. 1, p. VII-IX, Mar. 2005.

BRUNO, M. Escola inclusiva: problema e perspectivas. Série-Estudos. **Periódico do mestrado em Educação da UCDB**, n.10, p. 79-90, dez. 2000.

BUENO, J. G. S. As políticas de inclusão escolar: uma prerrogativa da educação especial? In: BUENO, J. G. S.; MENDES, G. M. L.; SANTOS, R. A. **Deficiência e escolarização: novas perspectivas de análise**. Brasília: CAPES, 2008. p. 43-63.

CAPES. **Plataforma Sucupira**. Cursos avaliados e reconhecidos. Programas. Disponível em: <<https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/quantitativoBuscaAvancada.jsf>>. Acesso em: 29 mai. 2020.

COIMBRA NETO, J. P. **Discurso jurídico da educação especial: decisões do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul**. 2019. 128 f. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2019.

COSTALONGA, L. R. C. **Sistema de reserva de vagas para sujeitos com deficiência nas Universidades Federais do Centro-Oeste brasileiro**. 2019. 123 f. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2019.

DUK, C. **Educar na diversidade**: material docente. 3. ed. Brasília: MEC, 2006.

GLAT, R.; BLANCO, L. M. V. Educação Especial no contexto de uma Educação Inclusiva. In: GLAT, R. (Org.). **Educação inclusiva: cultura e cotidiano escolar**. 2. ed. Rio de Janeiro: 7Letras, 2009, p. 15-35.

GLAT, R.; PLETSCHE, M. D. **Inclusão Escolar de Alunos com Necessidades Especiais**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.

HAYASHI, Carlos R. M. Apontamentos sobre a coleta de dados em estudos bibliométricos e cinetométricos. **Filosofia e Educação (online)**. v.5, n.4, p. 89-102, 2013.

IBGE. **Censo demográfico 2010**. Disponível em: <www.ibge.com.br>. Acesso em 09 maio 2020.

ICASATTI, A. V. **Direito à educação inclusiva nos países membros do MERCOSUL**. 2019. 133 f. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2019.

LUZ, K. L. B. **Os caminhos da política de acessibilidade da UFG como afirmação dos direitos das pessoas com deficiência**. 2018. 172 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MENDES, E. G. Breve histórico da educação especial no Brasil. **Revista Educación y Pedagogia**, vol. 22, núm.. 57, p. 93-109, mayo-agosto, 2010.

MENDES, E. G.; CABRAL, L. S. A. Implicações da atual política de inclusão escolar no Brasil: mapeando desafios e possibilidades para o século XXI. **Revista de Educação Especial e Reabilitação**, v. 21, p. 41-53, 2014.

NOZU, W. C. S.; ICASATTI, A. V.; BRUNO, M. M. G. Educação inclusiva enquanto um direito humano. **Revista Inclusão Social**, v. 11, n. 1, p. 21-34, 2017.

NOZU, W. C. S.; RIBEIRO, E. A.; BRUNO, M. G. Interface entre educação especial e educação do campo: a produção científica em teses e dissertações. **Interfaces da Educação**, v. 9, n. 27, p. 317-349, 2018.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nova Iorque: ONU, 1948.

_____. **Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência**. ONU, 2007. Disponível em:<<https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaoopessoascomdeficiencia.pdf>>. Acesso em 11 mai. 2020.

RIBEIRO, E. A. **Inclusão de camponeses público-alvo da educação especial em escolas da região da Grande Dourados**. 2020. 271 f. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Faculdade de Direito e Relações Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, MS, 2020.

SANTOS, M. C. D. O direito à diferença como pressuposto político e filosófico da mudança na concepção da educação especial. **Revista Diálogos e Perspectivas em Educação Especial**, v.2, n.1, p. 9-22, Jan.-Jun., 2015

SEVERINO, A. J. Pós-graduação e pesquisa: o processo de produção e de sistematização do conhecimento. **Rev. Diálogo Educ.**, Curitiba, v. 9, n. 26, p. 13-27, jan./abr. 2009.

SILVA, M. R. da; HAYASHI, C. R. M.; HAYASHI, M. C. P. I. Análise bibliométrica e cientométrica: desafios aos especialistas que atuam no campo. **InCID: Revista de Ciência da Informação e Documentação**, v. 2, p. 110-129, 2011.

SOUZA, F. F.; PLETSCH, M. D. A relação entre as diretrizes do Sistema das Nações Unidas (ONU) e as políticas de educação inclusiva no Brasil. **Ensaio: aval. pol. públ. Educ.**, v. 25, n. 97, p. 831-853, 2017.

INTERFACE EDUCAÇÃO ESPECIAL – EDUCAÇÃO DO CAMPO: DISPOSITIVOS POLÍTICO-NORMATIVOS DOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO DA GRANDE DOURADOS

EDUARDO ADÃO RIBEIRO¹
WASHINGTON CESAR SHOITI NOZU²

INTRODUÇÃO

A inclusão escolar tem feito parte do discurso internacional a partir da década de 1990, ganhando destaque em uma série de declarações supranacionais relativas à universalização da educação, que foram sendo incorporadas em orientações e normativas brasileiras (MENDES, 2006). Trata-se, portanto, de um direito humano emergente, à medida que prevê a garantia de que todos tenham acesso à educação de qualidade, de acordo com suas necessidades e considerando suas diferenças (NOZU; ICASATTI; BRUNO, 2017).

No entanto, um dos desafios para promover um sistema educacional inclusivo é a atenção a ser construída na intersecção de identidades e diferenças de determinadas populações, sobretudo daquelas com histórico de marginalizações ou exclusões, haja vista que nem sempre as políticas públicas abarcam tais complexidades. Isso tende a ocorrer na interface Educação Especial – Educação

¹ Professor do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Dourados. Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Advogado. Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Educação Inclusiva (GEPEI). E-mail: ribeiro.edu01@gmail.com.

² Professor Adjunto da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Docente Permanente dos Programas de Pós-Graduação em Educação (PPGEdu) e em Fronteiras e Direitos Humanos (PPGFDH) da UFGD. Doutor e Mestre em Educação pela UFGD. Especialista em Educação, Licenciado em Pedagogia e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). Vice-Líder e Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisa em Educação Inclusiva (GEPEI). E-mail: wcsn1984@yahoo.com.br.

do Campo, levando em conta as particularidades das populações e das propostas pedagógicas de cada uma dessas áreas educacionais (NOZU, 2017).

No Brasil, a educação de pessoas com deficiência é garantida constitucionalmente. Entretanto somente em 2008, com a publicação da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, o foco é direcionado à inclusão dos alunos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento ou altas habilidades/superdotação, considerados público-alvo da Educação Especial (PAEE), na sala de aula comum das escolas do ensino regular. Para tanto, essa política prevê a disposição de recursos, profissionais e serviços para a escolarização dessas pessoas em instituições regulares de ensino (BRASIL, 2008a).

Nesta esteira, o Plano Nacional de Educação (PNE) de 2014, apresenta enquanto uma de suas metas a universalização do acesso à educação básica e ao Atendimento Educacional Especializado (AEE) para as crianças e adolescentes PAEE. Como estratégias, destaca que a escolarização desses sujeitos deve acontecer preferencialmente na rede regular de ensino, mediante um sistema inclusivo, dispondo de atendimentos e serviços especializados (BRASIL, 2014).

Ratificando essas propostas, a Lei Brasileira de Inclusão prevê a eliminação das barreiras sociais e ambientais que impeçam a participação da pessoa com deficiência ou o gozo de seus direitos. Buscando ênfase não só nas necessidades, mas também nas potencialidades desses indivíduos, atribui ao Estado o dever de garantir tanto o acesso quanto a permanência e a participação no processo de ensino e aprendizagem. Além disso, prevê a institucionalização do AEE e outros serviços no projeto pedagógico das escolas (BRASIL, 2015).

Em relação à educação de sujeitos camponeses, a Resolução CNE/CEB nº 1, que institui as Diretrizes Operacionais para a Educação Básica do Campo, prevê a criação ou adequação de propostas pedagógicas que contemplem toda a diversidade local, seja social, cultural, política, econômica, de gênero, geração ou etnia (BRASIL, 2002).

A Resolução CNE/CEB nº 2/2008 define que a Educação do Campo se destina ao atendimento das populações de agricultores familiares, extrativistas, assentados, quilombolas, indígenas, ribeirinhos, dentre outras que estão ligadas à produção da existência no meio rural. Reafirma o compromisso com a universalização do acesso, permanência e sucesso escolar dos camponeses, além de dispor que a escolarização do PAEE que vive no meio rural deva ocorrer preferencialmente em salas comuns (BRASIL, 2008b).

O PNE de 2014, assim como os dispositivos já descritos, também prevê em suas metas a expansão e fomento da Educação do Campo, considerando suas necessidades e práticas socioculturais. Ao tratar da interface Educação do Campo e Educação Especial, o plano propõe a organização de tecnologias pedagógicas que articulem essas especificidades; fomento de matrículas gratuitas ao ensino

médio integrado à educação profissional; implantação de Salas de Recursos Multifuncionais (SRMs) e formação continuada de professores para o AEE nas escolas do campo (BRASIL, 2014).

De acordo com Nozu (2017, p. 165), a interface em questão é um conceito em processo de construção, tendo se “configurado como uma justaposição formal entre as modalidades de Educação Especial e de Educação do Campo”. Por essa razão, em análise da documentação federal, o autor afirma que esta interface ainda possui muitas fragilidades e poucas diretrizes para sua utilização nas políticas educacionais “das diversidades” (NOZU, 2017).

Diante dessa problemática, o presente manuscrito almeja descrever os dispositivos político-normativos sobre a interface Educação Especial - Educação do Campo, produzidos no âmbito dos municípios que integram a região da Grande Dourados, no estado de Mato Grosso do Sul.

Essa subdivisão estadual é constituída por onze municípios: Caarapó, Deodápolis, Douradina, Dourados, Fátima do Sul, Glória de Dourados, Itaporã, Jateí, Maracaju, Rio Brilhante e Vicentina, conforme o Mapa 1 a seguir.

Mapa 1 – Região da Grande Dourados/MS



Fonte: Mato Grosso do Sul (2015).

Para realização do estudo, foi utilizada a análise documental, cujo cerne são fontes primárias. De acordo com Cellard (2014), tal estudo se baseia em materiais que são explorados, mas não criados em um contexto de pesquisa, além de serem caracterizados por cunho escrito. Quanto aos procedimentos, inicialmente, seguiu-se com a identificação e seleção das fontes; leitura; fichamentos; e sistematização dos dados. As análises foram divididas em dois eixos: um sobre as escolas do campo e a acessibilidade arquitetônica de seus espaços; outro acerca do Atendimento Educacional Especializado em escolas do campo.

DIREITO À EDUCAÇÃO DE CAMPONESES PAEE NOS MUNICÍPIOS DA REGIÃO DA GRANDE DOURADOS

Na região da Grande Dourados, os principais dispositivos levantados foram os Planos Municipais de Educação (PMEs), seguidos por leis e resoluções. Os PMEs, reiterando, em parte, o teor do plano nacional, apresentam estratégias mais amplas acerca da Educação Especial e do Campo. Assim, priorizamos para discussão, as metas que envolvem pontos de contato entre essas duas modalidades de educação.

Dialogando com outro estudo já realizado, ressaltamos que a interface Educação Especial – Educação do Campo nos PMEs dos municípios pesquisados perpassa por questões sobre formação de profissionais, transporte, oferta de AEE, acessibilidade, currículos e propostas pedagógicas. Dentre elas, a que vincula a maior parte das estratégias é a de formação de profissionais (RIBEIRO et al., 2018).

Observa-se que existe grande atenção por parte dos municípios às questões ligadas a formação de profissionais para atuar no AEE. Tal postura é importante e necessária, porém, ao considerar a falta de articulação com outras estratégias, indica a prática de atribuir única e exclusivamente a responsabilidade pela inclusão dos alunos com deficiência aos profissionais especializados (RIBEIRO et al., 2018, s/p).

Assim, vemos o quanto essa interface ainda permanece restrita a estratégias pontuais nas políticas educacionais municipais encontradas na região da Grande Dourados. O mesmo pode ser observado nas legislações e resoluções dessa localidade, as quais não apresentam pontos que possam ser considerados de interface.

Em relação aos PMEs selecionamos excertos que remetem à interface Educação Especial – Educação do Campo e, no que tange às legislações e resoluções específicas, foram elencadas aquelas que tratam de ao menos uma dessas modalidades de educação.

No que se refere às matrículas e sua caracterização, os PMEs trazem metas e estratégias em comum, como podemos verificar no município de Dourados, que dispõe em sua meta 4:

Universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezessete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados (DOURADOS, 2015a, p. 33).

Logo, considerando que, em tais documentos, não encontramos grandes distanciamentos do que já está previsto nas políticas de nível macro, além de não haver menção à interface estudada, optamos por manter as análises nos demais eixos apresentados. No Quadro 1, podemos observar os excertos que versam sobre escolas e acessibilidade nos dispositivos dos municípios estudados.

Quadro 1 - Dispositivos sobre escolas e acessibilidade

MUNICÍPIO	ENUNCIADOS
Caarapó	<p>4.4 assegurar a formação continuada de professores (as), por meio de projetos de extensão e de pós-graduação, do AEE e do ensino comum, e de funcionários (as) administrativos (as) e gestores (as), nas escolas urbanas, do campo, comunidades indígenas, a partir da vigência deste PME (CAARAPÓ, 2015).</p> <p>7.13 assegurar transporte gratuito, acessível e seguro para todos (as) os estudantes da educação do campo e comunidades indígenas, mediante renovação e padronização integral da frota de veículos, de acordo com as especificações definidas pelo órgão competente, e financiamento compartilhado, visando reduzir a evasão escolar e o tempo médio de deslocamento da casa até a escola e vice-versa, até o quinto ano de vigência deste PME (CAARAPÓ, 2015).</p> <p>Art. 40 - Os incentivos financeiros serão calculados sobre o vencimento-base, valor correspondente a classe e nível do professor conforme os percentuais determinados a seguir: I - gratificação por difícil acesso - 10% (dez por cento) sobre o vencimento-base do Professor ou do Coordenador Pedagógico. § 2º - Considera-se de difícil acesso toda unidade escolar cuja localização seja na zona rural ou distrito, distante pelo menos 10 (dez)</p>

	<p>quilômetros do perímetro urbano, desde que não haja transporte fornecido pelo Município. § 3º - O Professor com lotação original em escolas consideradas de difícil acesso não fará jus a essa gratificação (CAARAPÓ, 2009).</p>
<p>Deodápolis</p>	<p>4.4 assegurar a formação continuada de professores(as), por meio de projetos de extensão e de pós-graduação, do AEE e do ensino comum, e de funcionários(as) administrativos(as) e gestores(as), nas escolas urbanas, do campo, bilíngues, povos das águas, populações fronteiriças, comunidades indígenas e quilombolas, a partir da vigência deste PME (DEODÁPOLIS, 2015).</p> <p>7.10 assegurar transporte gratuito, acessível e seguro para todos(as) os estudantes da educação do campo, e moradores nos distritos, mediante renovação e padronização integral da frota de veículos, de acordo com as especificações definidas pelo órgão competente, e financiamento compartilhado, visando reduzir a evasão escolar e o tempo médio de deslocamento da casa até a escola e vice-versa, até o quinto ano de vigência deste PME (DEODÁPOLIS, 2015).</p>

<p>Douradina</p>	<p>15.4 Implementar programas específicos para formação de profissionais da educação para escolas do campo e de comunidades itinerantes e para a educação especial (DOURADINA, 2015).</p> <p>1.12 Fortalecer, em regime de colaboração com a união, o programa nacional de transporte dos estudantes das escolas da educação infantil, moradores da zona rural, bem como ampliar e renovar a frota, garantindo também a acessibilidade aos estudantes com deficiência, a fim de reduzir a evasão e o tempo máximo do seu deslocamento (DOURADINA, 2015).</p> <p>4.3 Implantar a frota de transporte, adaptada com elevador, para o auxílio de alunos com deficiência física e usuários de cadeira de rodas na zona urbana e rural (DOURADINA, 2015).</p> <p>Artigo 36 – É instituída a Gratificação pela atuação na Educação Especial destinada ao profissional do magistério público municipal, que atuar em salas específicas de Educação Especial, que exercer suas atividades em instituição conveniada com o Município, ou que ministrar aulas nos anos iniciais do ensino fundamental que possuir alunos inclusos no ensino regular. Parágrafo Único – A concessão da gratificação de que trata este artigo, obedecerá as seguintes retribuições pecuniárias: I – Em salas específicas de Educação Especial: 15% (quinze por cento) calculado sobre o vencimento base; II – Em salas de aulas com alunos inclusos: 7% (sete por cento) calculado sobre o vencimento base (DOURADINA, 2014).</p> <p>Artigo 35 – A Gratificação de Deslocamento será devida para o exercício das atividades profissionais do magistério público municipal, em unidades escolares localizadas nos Distritos e nas Aldeias Indígenas do Município, quando não ocorrer a disponibilização de transporte pela Administração Municipal. Parágrafo Único – A gratificação de que trata este artigo será de 15% (quinze por cento), calculado sobre o vencimento base do profissional (DOURADINA, 2014).</p>
<p>Dourados</p>	<p>4.3 promover a implantação salas de recursos multifuncionais e fomentar a formação continuada de docentes para o atendimento educacional especializado nos CEIMs, nas escolas urbanas, do campo, de comunidades quilombolas e indígenas, na vigência deste PME (DOURADOS, 2015a).</p> <p>6.2 instituir, em regime de colaboração com o Estado e a União, programa de construção de escolas com padrão arquitetônico e</p>

	<p>de mobiliário adequado as especificidades de todas as comunidades, englobando as indígenas, do campo e quilombolas, para atendimento em tempo integral, prioritariamente em comunidades pobres ou com crianças em situação de vulnerabilidade social (DOURADOS, 2015a).</p> <p>7.26 consolidar a oferta, com qualidade social, da educação escolar à população do campo e comunidades indígenas e quilombolas, respeitando a articulação entre os ambientes escolares e comunitários, durante a vigência do PME, assegurando desenvolvimento sustentável e a preservação da identidade cultural dessas populações; a participação da comunidade na definição do modelo de organização pedagógica e de gestão das instituições, consideradas as práticas socioculturais e as formas particulares de organização do tempo; a oferta bilíngue na educação infantil e nos anos iniciais do ensino fundamental, em língua materna das comunidades indígenas e em língua portuguesa; a reestruturação e a aquisição de equipamentos; a oferta de programa para a formação inicial e continuada de profissionais da educação; e o atendimento em educação especial (DOURADOS, 2015a).</p> <p>Artigo 40. Os incentivos financeiros são adicionais e gratificações, calculadas sobre o vencimento base, com exceção do inciso II que será regulamentado por decreto, estabelecidos em razão do exercício do cargo pelos Profissionais da Educação Municipal nas condições especificadas por esta Lei Complementar. [...] II – ao Profissional da Educação Municipal, Gratificação pelo exercício em escola de difícil acesso ou provimento (DOURADOS, 2007).</p>
<p>Fátima do Sul</p>	<p>4.4 assegurar em forma de parceria a formação continuada de professores(as), por meio de projetos de extensão e de pós-graduação, do AEE e do ensino comum, e de funcionários(as) administrativos(as) e gestores(as), nas escolas urbanas, do campo, a partir da vigência deste PME (FÁTIMA DO SUL, 2015).</p> <p>7.16 assegurar transporte gratuito, acessível e seguro para todos os estudantes da educação do campo, mediante renovação e padronização integral da frota de veículos, de acordo com as especificações definidas pelo órgão competente, e financiamento compartilhado, visando reduzir a evasão escolar e o tempo médio de deslocamento da casa até a escola e vice-versa, até o quinto ano de vigência deste PME (FÁTIMA DO SUL, 2015).</p>

<p>Glória de Dourados</p>	<p>Artigo 71. Os incentivos financeiros serão calculados sobre o vencimento base conforme os percentuais determinados a seguir: [...] II – Gratificação pelo exercício de difícil acesso ou provimento, sala multiseriada, sala com atendimento aos alunos com necessidades educativas especiais, pelo exercício em classe de Educação Infantil e creche a pré-escola e do Ensino Fundamental de 1º a 2º ano, de 10%. Parágrafo 1º. Entende-se por escola de difícil acesso aquelas que se encontrarem em localidade fora da sede do município e distrito (GLÓRIA DE DOURADOS, 2011).</p>
<p>Itaporã</p>	<p>4.7 Assegurar atendimento nas salas de recursos multifuncionais e fomentar a formação continuada de professores para o atendimento educacional especializado nas escolas urbanas, do campo e indígenas durante a vigência deste PME (ITAPORÃ, 2015).</p> <p>4.24 Assegurar a formação continuada de professores (as), por meio de projetos de extensão e de pós-graduação, do AEE e do ensino comum, e de funcionários (as) administrativos (as) e gestores (as), nas escolas urbanas, do campo, bilíngues, comunidades indígenas, a partir da vigência deste PME (ITAPORÃ, 2015).</p> <p>15.5 Diagnosticar demandas e desenvolver programas específicos para formação de profissionais da educação para atuação nas escolas do campo, que atuam com a população indígena e educação especial, durante a vigência deste PME (ITAPORÃ, 2015).</p>
<p>Jateí</p>	<p>4.7. Oferecer assessoria técnico-pedagógica bem como Formação Continuada por meio de projetos de extensão universitária e de pós-graduação, aos professores do AEE, do ensino comum, funcionários administrativos e gestores, das escolas urbanas, do campo, bilíngue, a partir da vigência deste PME (JATEÍ, 2015).</p> <p>7.18. Assegurar transporte gratuito, acessível e seguro para todos(as) os estudantes da educação do campo, indígenas mediante renovação e padronização integral da frota de veículos, de acordo com as especificações definidas pelo órgão competente, e financiamento compartilhado, visando reduzir a evasão escolar e o tempo médio de deslocamento da casa até a escola e vice-versa, até o quinto ano de vigência deste PME (JATEÍ, 2015).</p>

<p>Maracaju</p>	<p>4.3 implantar salas de recursos multifuncionais e fomentar a formação continuada de professores, para o atendimento educacional especializado nas escolas e salas de extensão urbanas, do campo, indígenas, comunidades quilombolas, conforme a necessidade e anseio da população (MARACAJU, 2015).</p> <p>7.16 assegurar transporte gratuito, acessível e seguro para todos (as) os (as) estudantes da educação do campo, comunidades quilombolas e indígenas, mediante renovação e padronização integral da frota de veículos, de acordo com as especificações definidas pelo órgão competente, e financiamento compartilhado, visando a reduzir a evasão escolar e o tempo médio de deslocamento da casa até a escola e vice-versa, até o quarto ano de vigência deste PME (MARACAJU, 2015).</p>
<p>Rio Brilhante</p>	<p>4.1 – 3 Implantar, ao longo da vigência do PME, com assistência dos entes federados, salas de recursos multifuncionais em todas as escolas que contemplem este atendimento, e assegurar a formação continuada de professores (as) para o atendimento educacional especializado nas escolas urbanas e do campo (RIO BRILHANTE, 2015).</p>
<p>Vicentina</p>	<p>4.4. Assegurar a formação continuada de professores(as), por meio de projetos de extensão e pós-graduação, do AEE e do ensino comum, e de funcionários(as) administrativos(as) e gestores(as), nas escolas urbanas, do campo, bilíngues, comunidades indígenas, a partir da vigência deste PME (VICENTINA, 2015).</p> <p>7.17. Assegurar transporte gratuito, acessível e seguro para todos(as) os estudantes da educação do campo, populações fronteiriças, quilombolas, indígenas, povos das águas, mediante renovação e padronização integral da frota de veículos, de acordo com as especificações definidas pelo órgão competente, e financiamento compartilhado, visando reduzir a evasão escolar e o tempo médio de deslocamento da casa até a escola e vice-versa, até o quinto ano da vigência deste PME (VICENTINA, 2015).</p>

Fonte: Adaptado de Ribeiro et al (2018) e ampliado.

Dentre as estratégias adotadas pelos municípios em seus respectivos PMEs, encontramos aquelas ligadas à acessibilidade no transporte escolar. Articulando Educação Especial e Educação do Campo, os planos de Caarapó,

Deodápolis, Douradina, Fátima do Sul, Jateí, Maracaju e Vicentina preveem o transporte gratuito e acessível a todos os estudantes matriculados em escolas do campo, com vistas a diminuir o tempo de deslocamento e a evasão escolar (CAARAPÓ, 2015; DEODÁPOLIS, 2015; DOURADINA, 2015; FÁTIMA DO SUL, 2015; JATEÍ, 2015; MARACAJU, 2015; VICENTINA, 2015).

Sobre isso, cabe destacar o plano de Douradina, no qual, além da previsão de ampliação e renovação de toda a frota de transporte escolar, consta expressamente uma disposição que garante aos alunos com deficiência física e usuários de cadeiras de rodas a implantação de elevador para seu auxílio nesses veículos. Essa estratégia demonstra, assim, um nível maior de especificidade na política de educação do referido município (DOURADINA, 2015).

No plano do município de Dourados, apesar de não existir estratégia ligada à acessibilidade nos transportes do PAEE que vive na zona rural, verificamos a ampliação desse direito por meio da instituição de programas para construção de escolas com padrões adequados de arquitetura e mobiliário, atendendo as particularidades de todas as comunidades, seja do campo, indígenas ou quilombolas, oferecendo atendimento em tempo integral (DOURADOS, 2015a).

A acessibilidade arquitetônica e de mobiliário enunciada no PME de Dourados tem como foco específico a construção de instituições escolares, a ser realizada por meio de convênios com outros entes federados. Além de prever adequação às particularidades das diversas populações camponesas, busca atender de forma preferencial as comunidades mais pobres ou com crianças vulneráveis socialmente. Apesar da importância de tal programa, o plano de Dourados é omissivo em relação às adequações que podem ser feitas nas escolas já em funcionamento no campo, além de deixar em aberto o que é necessário para a caracterização da pobreza ou vulnerabilidade social mencionadas no dispositivo (DOURADOS, 2015a).

Acerca dos profissionais envolvidos com a inclusão do PAEE que vive no campo, verificamos que, como exceção de Glória de Dourados, todos os municípios apresentam estratégias de formação continuada de docentes. Dentre eles, Douradina, Dourados, Maracaju, Rio Brilhante restringem essa formação unicamente aos profissionais do AEE, enquanto os demais ampliam a funcionários, gestores e demais profissionais das escolas, sejam urbanas ou do campo (DOURADINA, 2015; DOURADOS, 2015a; MARACAJU, 2015; RIO BRILHANTE, 2015).

Outra estratégia prevista nos dispositivos de Caarapó, Douradina, Dourados e Glória de Dourados para promover incentivo aos docentes e fomentar a Educação do Campo é a inclusão nos planos de carreiras da gratificação por deslocamento ou atuação em escola de difícil acesso (CAARAPÓ, 2015; DOURADINA, 2015; DOURADOS, 2015a; GLÓRIA DE DOURADOS, 2015).

Em Caarapó, a Lei Complementar nº 040/2009 estabelece o direito à gratificação de 10% sobre o salário base de profissionais das carreiras de Magistério Municipal que atuem em escolas de difícil acesso, desde que não tenha lotação originária nestas escolas. Para tanto, considera enquadrar-se nesse requisito aquelas instituições que estejam localizadas ao menos 10 Km do perímetro urbano e não tenha transporte oferecido pelo município (CAARAPÓ, 2009).

O município de Douradina, de outro lado, prevê na Lei Complementar nº 056/2014 que os profissionais do Magistério Municipal que atuem em escolas de distritos e de aldeias indígenas, quando não houver transporte público à disposição, têm direito a um adicional por deslocamento no importe de 15% de seus vencimentos base. Além disso, dispõe ainda sobre uma gratificação para os que atuam em salas de Educação Especial ou outras com alunos incluídos. As primeiras rendem um adicional de 15%, enquanto as segundas de 7% (DOURADINA, 2014).

Já a Lei Complementar nº 118/2007 de Dourados prevê somente a garantia de gratificação aos profissionais da educação municipal que atuem nessas escolas, porém, não determina o percentual que deve incidir sobre seus vencimentos (DOURADOS, 2007).

Em Glória de Dourados, por meio da Lei Municipal nº 961/2011 ficou instituída a gratificação de 10% aos profissionais que estejam atuando em escolas de difícil acesso, as quais são conceituadas como aquelas que se situam fora da sede do município ou distrito. Além disso, é assegurado o direito a esse incentivo aos que trabalhem com salas multisseriadas ou que possuam alunos com “necessidades educativas especiais” (GLÓRIA DE DOURADOS, 2011).

No geral, essas legislações municipais não possuem consenso acerca do que é considerado escola de difícil acesso, mas têm em comum que são aquelas localizadas fora da área urbana do município. Tal escolha cabe às Secretarias Municipais que, anualmente devem publicar a relação dessas escolas.

Em seguida, o Quadro 2 contém os excertos das legislações que abordam temas relacionados ao AEE em escolas do campo nos municípios que compõem a região da Grande Dourados.

Quadro 2 – Dispositivos sobre o AEE em Escolas do Campo

MUNICÍPIO	ENUNCIADOS
Dourados	<p>4.3 promover a implantação salas de recursos multifuncionais e fomentar a formação continuada de docentes para o atendimento educacional especializado nos CEIMs, nas escolas urbanas, do campo, de comunidades quilombolas e indígenas, na vigência deste PME (DOURADOS, 2015).</p> <p>7.26 consolidar a oferta, com qualidade social, da educação escolar à população do campo e comunidades indígenas e quilombolas, respeitando a articulação entre os ambientes escolares e comunitários, durante a vigência do PME, assegurando desenvolvimento sustentável e a preservação da identidade cultural dessas populações; a participação da comunidade na definição do modelo de organização pedagógica e de gestão das instituições, consideradas as práticas socioculturais e as formas particulares de organização do tempo; a oferta bilíngue na educação infantil e nos anos iniciais do ensino fundamental, em língua materna das comunidades indígenas e em língua portuguesa; a reestruturação e a aquisição de equipamentos; a oferta de programa para a formação inicial e continuada de profissionais da educação; e o atendimento em educação especial (DOURADOS, 2015a).</p> <p>Artigo 2º. O Apoio Educacional - AE atuará no ensino regular, onde estão matriculados os alunos com deficiência que apresentam dificuldades significativas no processo de interação, comunicação e de autonomia para a execução das atividades pedagógicas, nas unidades de ensino da Rede Municipal, nas etapas da Educação Básica e nas modalidades da Educação Indígena, Educação do Campo e Educação de Jovens e Adultos (DOURADOS, 2015b).</p>
Fátima do Sul	<p>Art. 39. A escola deve oportunizar a inclusão, em sala comum, dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, promovendo condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem, e serviços de apoio especializados de acordo com as necessidades individuais dos estudantes, por meio de: I - flexibilização curricular e metodologia de ensino diferenciada; II - recursos de acessibilidade e pedagógicos adequados; III - processo de avaliação qualitativa, contínua e sistemática (FÁTIMA DO SUL, 2019).</p>

	Art. 40. Nas unidades escolares da Rede municipal de Ensino será disponibilizado atendimento educacional especializado em sala de recurso multifuncional, em caráter transitório e concomitante (FÁTIMA DO SUL, 2019).
Itaporã	4.7 Assegurar atendimento nas salas de recursos multifuncionais e fomentar a formação continuada de professores para o atendimento educacional especializado nas escolas urbanas, do campo e indígenas durante a vigência deste PME (ITAPORÃ, 2015).
Jateí	- Implantar e manter salas de recursos para assegurar um serviço especializado de natureza pedagógica para apoio e complemento ao atendimento educacional de alunos portadores de necessidades educacionais especiais, mediante apoio especializado de equipe multidisciplinar. Coordenação, implantação e implementação de proposta curriculares voltadas à educação no campo (JATEÍ, 2019).
Maracaju	4.3 implantar salas de recursos multifuncionais e fomentar a formação continuada de professores, para o atendimento educacional especializado nas escolas e salas de extensão urbanas, do campo, indígenas, comunidades quilombolas, conforme a necessidade e anseio da população (MARACAJU, 2015).
Rio Brilhante	4.1 – 3 Implantar, ao longo da vigência do PME, com assistência dos entes federados, salas de recursos multifuncionais em todas as escolas que contemplem este atendimento, e assegurar a formação continuada de professores (as) para o atendimento educacional especializado nas escolas urbanas e do campo (RIO BRILHANTE, 2015).
Vicentina	7.38. Consolidar, até o quinto ano de vigência do PME, a oferta, com qualidade social, da educação escolar à população do campo, povos das águas, comunidades fronteiriças, populações itinerantes e comunidades indígenas e quilombolas, respeitando a articulação entre os ambientes escolares e comunitários, assegurando: [...] 7.38.6. O atendimento em educação especial (VICENTINA, 2015).

Fonte: Adaptado de Ribeiro et al (2018) e ampliado.

Acerca desses atendimentos, em todos os PMEs encontramos menção à implantação de SRMs e oferta de AEE, no entanto, somente em Dourados, Itaporã, Maracaju, Rio Brilhante e Vicentina consta especificamente a disponibilização do AEE às populações camponesas (DOURADOS, 2015a; ITAPORÃ, 2015; MARACAJU, 2015; RIO BRILHANTE, 2015; VICENTINA, 2015).

Com exceção PME de Vicentina, os demais abordam a questão do AEE na mesma estratégia que prevê a implantação de SRM. Nesse ponto também é prevista a formação de profissionais para atuar nesse atendimento. Tal articulação indica como a ideia de AEE ainda permanece atrelada à SRM, esta como um *locus* detentor de material humano e tecnológico capaz de suprir todas as necessidades dos alunos PAEE (DOURADOS, 2015a; FÁTIMA DO SUL, 2015; ITAPORÃ, 2015; JATEÍ, 2015; MARACAJU, 2015; RIO BRILHANTE, 2015).

No município de Dourados, além da disposição acerca da implantação de SRM, existe outra estratégia mais ampla. Ela visa à consolidação de uma educação de qualidade às populações campestres, enfatizando as indígenas e quilombolas. Consta a garantia de preservação das identidades culturais desses povos, assim como a oferta de educação bilíngue na língua materna das comunidades indígenas, além de aquisição de equipamentos, formação de profissionais e a disponibilização do AEE (DOURADOS, 2015a).

Nas cidades de Fátima do Sul e Jateí, outros dispositivos asseguram a inclusão do PAEE. Na primeira cidade, a Resolução SEMECT nº 001/2019 indica que deve ser oportunizado a esse público a inclusão em sala de aula comum, garantindo a eles o acesso, permanência e participação na aprendizagem. Para tanto, prevê alguns serviços centrados no currículo, recursos de acessibilidade e processo de avaliação, além de assegurar a disponibilização do AEE nas SRMs da rede municipal de ensino (FÁTIMA DO SUL, 2019).

Em Jateí, a Lei Municipal nº 721/2019, que versa sobre orçamento, estabelece como uma das prioridades a implantação e manutenção de SRMs. Conforme esse dispositivo, tal estratégia é destinada a assegurar um atendimento especializado aos estudantes com “necessidades educacionais especiais”, com base, principalmente, em uma equipe multidisciplinar de profissionais (JATEÍ, 2019).

No município de Dourados, a Resolução SEMED nº 27/2015 estabelece a atuação de um apoio educacional em turmas onde estejam matriculados alunos com deficiência, Transtorno do Espectro Autista ou dificuldade de acompanhamento em decorrência de limitações de saúde. Essa pessoa atuará de maneira articulada com os professores regentes e demais nas etapas da Educação Básica, Indígena, do Campo e de Jovens e Adultos. Dentre suas funções está mediar atividades lúdicas, recreativas, cuidados básicos com alimentação, higiene e locomoção, de forma individualizada se o estudante necessitar (DOURADOS, 2015b).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo objetivou compreender as articulações entre o direito à Educação Especial e à Educação do Campo na produção documental dos onze municípios que compreendem a região da Grande Dourados. Para tanto,

empreendemos uma análise documental dos dispositivos políticos e normativos elaborados nessas esferas do poder público.

Com os resultados, podemos indicar como a regulamentação da Educação Especial e Educação do Campo permanece centrada na seara nacional. A pouca atenção dada às especificidades locais preocupa se levarmos em consideração que essas modalidades lidam com sujeitos já vulnerabilizados e marginalizados, somando ainda o fato de viverem em um contexto de fronteira, cuja realidade difere de outros estados e, até mesmo, de localidades outras no próprio Mato Grosso do Sul.

O ponto que mais demonstrou inovação foi em relação aos planos de carreira de cada município, os quais preveem gratificações por atuação em escolas de difícil acesso, cujo conceito sofre variações de um local a outro. Assim, excetuando tal questão, notamos a tendência em reproduzir o que já está assegurado em termos de legislações de nível macro, incluindo poucas variações, as quais podem não abarcar a diversidade de contextos camponeses existentes na região da Grande Dourados.

Considerando que muitos direitos são materializados mediante políticas públicas em nível municipal, cabe questionar como tem ocorrido a inclusão e a garantia do direito à educação de camponeses PAEE que vivem na região da Grande Dourados. A falta de regulamentação ou diretrizes políticas nesse *locus* nos deixa diante de dois possíveis cenários. No melhor deles, os atores das políticas municipais têm amplo espaço para atuarem de acordo com o contexto local, (re)formulando as políticas nacionais conforme as particularidades que se fazem presentes. De outro lado, pode contribuir para a reprodução de práticas e serviços que não se atentam às características dessas populações, mantendo ou reforçando invisibilizações e marginalizações no ambiente escolar. Surge, portanto, a necessidade de novos estudos que busquem maior aprofundamento na investigação de como essa problemática tem se materializado no contexto da prática das escolas do campo da região.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Diretrizes Operacionais para a Educação Básica nas Escolas do Campo*. Brasília: MEC/SECAD, 2002.

_____. *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva (2008)*. Brasília: MEC/SEESP, 2008a.

_____. *Resolução n. 2, de 28 de abril de 2008*. Estabelece diretrizes complementares, normas e princípios para o desenvolvimento de políticas públicas de atendimento da Educação Básica do Campo. Brasília: MEC/ CNE/CEB, 2008b.

_____. *Lei n. 13.005, de 25 de junho de 2014*. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 2014.

_____. *Lei n. 13.146, de 06 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Congresso Nacional, 2015.

CAARAPÓ. *Lei Complementar nº 040 de 28 de dezembro de 2009*. Dispõe sobre o plano de cargos, carreiras e remuneração dos membros do magistério da Prefeitura Municipal de Caarapó, estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Caarapó, 2009. Disponível em: <<http://www.tce.ms.gov.br/storage/docdigital/2010/05/1385a61e48f129a8484113b86caae746.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. *Lei Municipal nº 1.255, de 26 de outubro de 2015*. Caarapó, 2015. Disponível em: <http://www.caarapo.ms.gov.br/documentos-municipais.html>. Acesso em: 17 jun. 2018.

CELLARD, A. A Análise documental. In: POUPART, J. et al. A pesquisa qualitativa: Enfoques epistemológicos e metodológicos. 4. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2014. p. 295-316.

DEODÁPOLIS. *Lei Municipal nº 011, de 18 de junho de 2015*. Deodápolis, 2015. Disponível em: <<http://www.deodapolis.ms.gov.br/e-sic/uploads/20180209173034-0WWA.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

DOURADINA. *Lei Complementar nº 056 de 22 de dezembro de 2014*. Dispõe sobre reestruturação do Plano de Cargos, Carreira, Remuneração e Valorização do Magistério Público Municipal, e dá outras providências. Douradina, 2014. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/storage/docdigital//2014/12/32_2_2014_56.pdf>. Acesso em 19 fev. 2020.

_____. *Lei nº 008, de 22 de junho de 2015*. Douradina, 2015.

DOURADOS. *Lei Complementar nº 118 de 31 de dezembro de 2007*. Dispõe sobre o Plano de Cargos, Carreira e Remuneração do Profissional da Educação Municipal de Dourados - MS e dá outras providências. Dourados, 2007. Disponível em: <http://www.dourados.ms.gov.br/wp-content/uploads/2014/09/LC-118_2007-PCCR-dos-Profissional-da-Educa%C3%A7%C3%A3o-Municipal-de-Dourados-Tabelas-de-2014-atualizadas.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. *Lei nº 3.904, de 23 de junho de 2015a*. Dourados, 2015a. Disponível em: <<http://www.dourados.ms.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/PME-Dourados-2015-Vers%C3%A3o-Final-1.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. *Resolução SEMED nº 27/2015*. Dispõe sobre a Regulamentação dos Serviços de Apoio para a Educação Especial nas Unidades de Ensino da Rede Municipal de Ensino de Dourados-MS. Dourados, 2015b. Disponível em: <<http://www.dourados.ms.gov.br/wp-content/uploads/2016/05/DOM-N%C2%B0.-4.106-03.12.15-Lei-Comp-298-taxas-SIMD-e-Decreto-2112-designa%C3%A7%C3%A3o-Marino.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

FÁTIMA DO SUL. *Lei nº 1.172, de 21 de setembro de 2015*. Fátima do Sul, 2015. Disponível em: <http://www.fatimadosul.ms.gov.br/arquivos/PME_FATIMA_DO_SUL_Consolidada_2015.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2018.

_____. *Resolução SEMECT nº 001 de 28 de janeiro de 2019*. Dispõe sobre a Organização Curricular e o regime escolar nas etapas da Educação Infantil e dos Anos Iniciais do

Ensino Fundamental nas unidades escolares da rede municipal de ensino de Fátima do Sul-MS, e dá outras providências. Fátima do Sul, 2019. Disponível em: <<http://www.fatimadosul.ms.gov.br/diario/anexos/01022019184512.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

GLÓRIA DE DOURADOS. *Lei Municipal nº 961 de 25 de outubro de 2011*. Glória de Dourados, 2011. Disponível em: <[http://www.gloriadedourados.ms.gov.br/e-sic/\(25OUTUBRO2011\)Lei%20Ord.%200961%20de%2025-10-2011%20-%20Estatuto%20do%20Mangisterio.pdf](http://www.gloriadedourados.ms.gov.br/e-sic/(25OUTUBRO2011)Lei%20Ord.%200961%20de%2025-10-2011%20-%20Estatuto%20do%20Mangisterio.pdf)>. Acesso em: 19 fev. 2020.

_____. *Lei Municipal nº 1.050 de 23 de junho de 2015*. Glória de Dourados, 2015.

ITAPORÃ. *Plano Municipal de Educação*. Itaporã, 2015.

JATEÍ. *Plano Municipal de Educação*. Jateí, 2015.

_____. *Lei nº 721 de 29 de julho de 2019*. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2020, do município de Jateí – Estado de Mato Grosso do Sul, e dá outras providências. Jateí, 2019. Disponível em: <<http://www.jatei.ms.gov.br/e-sic/uploads/20190730111558-u48L.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

MARACAJU. *Lei nº 1.809, de 13 de maio de 2015*. Maracaju, 2015. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/plano-municipal-de-educacao-maracaju-ms>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

MATO GROSSO DO SUL. *Estudo da Dimensão Territorial do Estado de Mato Grosso do Sul: Regiões de Planejamento*. Campo Grande, 2015. Disponível em: <http://www.semagro.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/157/2017/06/estudo_dimensao_territorial_2015.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2018.

MENDES, E. G. A radicalização do debate sobre inclusão escolar no Brasil. *Revista brasileira de educação*. v. 11. n. 33. p. 387-405, 2006.

NOZU. *Educação especial e educação do campo: entre porteiras marginais e fronteiras culturais*. 2017. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal da Grande Dourados, Dourados, 2017.

_____.; ICASATTI, A. V.; BRUNO, M. M. G. Educação inclusiva enquanto um direito humano. *Inclusão Social*. Brasília, v. 11, n. 1, p. 21-34, jul./dez. 2017.

RIBEIRO, E. A, et al. Interface educação especial – educação do campo: análise de planos municipais da região da grande dourados. In: ANAIS DO 8º CONGRESSO BRASILEIRO DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, 2018, São Carlos. *Anais eletrônicos...* Campinas, GALOÁ, 2018. Disponível em: <<https://proceedings.science/cbee/cbee-2018/papers/interface-educacao-especial-%E2%80%93-educacao-do-campo%3A-analise-de-planos-municipais-da-regiao-da-grande-dourados>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

VICENTINA. *Lei nº 415, de 18 de junho de 2015*. Vicentina, 2015.

ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: PERSPECTIVAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.

DOUGLAS SANTOS MEZACASA¹
EDUARDO DE MORAIS MORI²

1 INTRODUÇÃO

A ampla proteção dos direitos humanos que atualmente existe no direito internacional é o fruto de milhares de lutas de indivíduos preocupados com a justiça e o bem-estar humano. Esses direitos configuram-se como uma das maiores proteções universais dos direitos e garantias do homem, no que tange às suas garantias adquiridas durante a história. A imersão do homem como eixo de proteção principal começou a ganhar força no cenário jurídico após a Segunda Guerra Mundial com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, embora a proteção dos seres humanos já viesse sendo resguardada pela igreja e pelos filósofos antigos.

Com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada em Abril de 1948 em Bogotá, na Colômbia, surge o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, um sistema de proteção aos direitos do homem regionalizado, instalado somente no continente americano. Desse sistema surgem dois grandes órgãos que são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1969, ambas

¹ Coordenador e Professor Efetivo do curso de Direito da Universidade Estadual de Goiás (UEG); Docente pelo Centro Universitário do Vale do Araguaia (UNIVAR); Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UniCesumar); Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Paraná (PUCPR); Parecerista; Advogado. E-mail: douglas.mezacasa@ueg.br.

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina-UEL. Especialista em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Universidade Cândido Mendes. Advogado. E-mail: edu_adv79@outlook.com.

visando a constituição de um tribunal supremo de proteção dos direitos previstos na Convenção Americana.

A partir de diversas lutas de classes, deu-se início a essa ampla proteção de direitos que vinham sendo resguardados na medida em que eram conquistados. O acesso à justiça foi umas dessas garantias que passou a ser garantido e protegido na ordem interna e externa. O ordenamento jurídico brasileiro abarcou o acesso à justiça como um direito fundamental a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988. Em seu preâmbulo, ela já demonstra a intenção do legislador, quando em sua criação, sob o preceito de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Além do mais, ela explicita o poder do Estado na resolução de conflito por meio do inciso XXXV do artigo 5º, referenciando que o Estado poderá ser acionado em caso de lesão ao direito ou em ameaça deste.

Contudo, como já ressaltado, esse acesso à justiça como um direito fundamental não está previsto apenas no âmbito interno. O Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos também visa proporcionar esse acesso à justiça no âmbito internacional. O acesso à justiça, então, não está ligado somente ao dever do Estado, de modo interno, mas também na esfera internacional, por meio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na qual exerce duas grandes competências: contenciosa e consultiva. Tais funções oportunizam os indivíduos que tiveram um direito lesado pelo Estado a uma novo julgamento imparcial por esta Corte, que garantirá a ele a sua reparação do dano sofrido, efetivando assim o seu direito fundamental de acesso à justiça que sempre está pautado no princípio da dignidade da pessoa humana.

2 GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Para compreender a aplicação dos direitos fundamentais na Corte Interamericana de Direitos Humanos, se faz necessário demonstrar os seus conceitos e relembrar a sua dinâmica estrutural dividida em gerações. Embora alguns autores afirmam existir uma diferença na nomenclatura entre os termos Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos do Homem, tratar-se-á, nesse artigo, como sinônimos. Nesse mesmo sentido, tomamos por base a escolha do termo “gerações” para referenciar cada etapa evolutiva desses direitos, limitando a explicativa somente nas três primeiras gerações existentes.

Os direitos humanos são as prerrogativas (direitos e garantias) inscritas em tratados e costumes no âmbito internacional, elevando-se à tipificação no Direito Internacional Público (FILHO, 2009). Nas palavras do autor Moraes (2006), esses direitos formam um conjunto institucionalizado de direitos e garantias

aptos a garantir o respeito, a dignidade do ser humano e a proteção contra o arbítrio do Estado, assegurando condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. O posicionamento dos autores Almeida e Apolinário (2009) referem-se a uma conquista histórica, a saber os seus dizeres:

No sentido material, os direitos humanos podem ser definidos como um conjunto de faculdade e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Em sentido formal, restrito e normativo, os direitos humanos seriam direitos que o Direito vigente qualifica como tais.

Nesse contexto, a definição desses direitos para Filho (2009) vai ao encontro de toda conceituação citada, pois considera os direitos fundamentais como um conjunto de prerrogativas e garantias inerentes ao homem, cuja finalidade básica é o respeito à sua dignidade e prevenção contra o excesso do Estado, estabelecendo um mínimo de condições de vida. Para Bobbio (2004) os direitos humanos são direitos históricos derivados de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nasceram de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Ou seja, a determinação dos direitos humanos foram surgindo na sociedade conforme esta se encaminhava para uma construção histórica.

O surgimento dos direitos fundamentais possui ligação direta com os ideais revolucionários do século XIII, sendo eles: liberdade, igualdade e fraternidade. Tais ideais evoluíram conforme sua sequência temporal, estando a liberdade diretamente ligada com o direito de primeira geração, a igualdade com os direitos de segunda e a fraternidade com os direitos de terceira geração (NOVELINO, 2008). Essa proposta de triangulação dos direitos humanos divididos entre gerações foi apresentada em 1979 por Karel Vasak, apresentada em uma Conferência do Instituto Internacional de Direitos Humanos, localizado em Estrasburgo e inspirado no lema da Revolução Francesa qual seja, Liberdade, Igualdade e Fraternidade (MAZZUOLI, 2014). Ainda, de acordo com Macklem (2015), pesquisador da *University of Toronto*, este cita Karel Vasak dizendo que os direitos humanos passaram a existir em diferentes “ondas” no decorrer da história, como se vê:

[...]Em outro ensaio publicado alguns anos depois da UNESCO Sua contribuição para Courier, o próprio Vasak entendeu que a concepção dos direitos humanos capta gerações existência em diferentes 'ondas' ao longo da história. A primeira onda, que acompanhou a Revolução Francesa, deu origem à geração de direitos civis e políticos. Com a segunda onda, após a Revolução Russa de 1917, os Direitos Económicos, Sociais e Culturais ganhou reconhecimento universal.

A terceira onda Acompanhado 'a emancipação dos colonizados e de povos dominados' no meio do século 20 [TRADUÇÃO NOSSA]³

Assim, a explicação de Patrick Macklem nos impulsiona a avaliar as gerações dos direitos humanos em sua origem e, analisar os direitos individuais e coletivos decorrentes dos acontecimentos históricos mundiais ocorridos, despertando uma maior necessidade de direitos do homem. A partir dessa narrativa, pode-se dizer que a Primeira Geração dos direitos humanos se iniciou na primeira metade do século XIX, correspondendo aos direitos e liberdades de caráter individual, como por exemplo, a liberdade de religião, de consciência, liberdade de circulação e de expressão e, também, o direito de propriedade e da inviolabilidade de domicílio (LOBATO, 1998). Tais direitos são indisponíveis ao ser humano, pois, são direitos que ostentam uma pretensão universalista e abstrata (MENDES, 2007).

Essa geração corresponde aos direitos civis e políticos do homem, pois surgiram com as Revoluções Americana e Francesa. De acordo com Mendes (2007) os direitos humanos foram conquistados a partir das reivindicações da burguesia onde exigiam respeito às liberdades dos indivíduos por parte do Estado. Por isso, tais direitos estão intimamente ligados às obrigações de não fazer do Estado e dele não interferir na esfera individual do ser humano. No Brasil, esses direitos de primeira geração, considerados como as liberdades públicas e direitos políticos, já haviam sido institucionalizados a partir da Constituição de 1215 do Rei João Sem Terra e, também se fizeram presentes no surgir de outros documentos históricos, tais como o *Habeas Corpus Act* em 1679 e a *Bill of Rights* em 1688, representando os direitos civis do povo (FILHO, 2009).

Os direitos civis ou de liberdades individuais são aqueles que garantem uma integridade física e moral ao homem e que possam assegurar a personalidade de cada um, conforme os dizeres de Sampaio (2010):

[...] bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um [...] O Estado tem o dever de abstenção ou de não impedimento e de prestação, devendo criar instrumentos de tutela como a polícia, o Judiciário e a organização do processo.

³ [...] In another essay published a few years after his contribution to the UNESCO Courier, Vasak himself intimated that a generational conception of human rights captures how human rights came into existence in different 'waves' throughout history. The first wave, which accompanied the French revolution, gave rise to the generation of civil and political rights. With the second wave, after the Russian revolution of 1917, economic, social and cultural rights gained universal recognition. The third wave accompanied 'the emancipation of colonized and dominated peoples' in the middle of the 20th century [...]

Conforme Sampaio nos ensina, surge também um dever do Estado de prestação jurisdicional, emergindo-se por meio do direito de petição, proporcionando a todo ser humano o direito de recorrer até o judiciário para resolver seus conflitos. Contudo, embora esse direito de acesso à justiça tenha sido conquistado juntamente com os direitos e políticos na primeira geração, estes ainda atingiam somente as pessoas que poderiam arcar com todas as custas processuais, tendo em vista o seu valor excessivo à época. Contudo, conforme será demonstrado no segundo capítulo desse artigo, o acesso à justiça somente se efetivou a todos a partir das conquistas dos direitos de segunda geração.

Já os direitos de Segunda Geração nasceram no início do século XX, oriundos das más condições de trabalho exercidas pelos trabalhadores nas fábricas. Ainda, alguns movimentos sociais, como a Comuna de Paris e o Movimento Cartista, na Inglaterra, contribuíram para a busca de melhores condições sociais dos indivíduos. Dessa forma, esse período ficou caracterizado pela defesa dos direitos sociais, culturais e econômicos, traduzidos no valor da Igualdade (FILHO, 2009). É estampado que nos direitos da segunda geração, está mais do que presente o processo de industrialização e os graves impasses socioeconômicos sofridos pela sociedade ocidental, por volta da segunda metade do século XIX e início do século XX. (WOLKMER, 2013).

Tais direitos são compostos pelos direitos de igualdade *latu sensu*, a saber, os direitos econômicos, sociais e culturais e, também, os direitos da coletividade, introduzido no constitucionalismo do Estado social, depois que germinaram em obra de ideologia e na reflexão antiliberal do século XX. Esses direitos localizam-se na esfera dos direitos pragmáticos, pois não são compostas pelas garantias processuais que protegiam os direitos de primeira geração. (MAZZUOLI, 2014). Como expõe Lobato (1996), os direitos de segunda geração são os direitos de caráter coletivo, como o direito a greve, reunião ou, ainda, os direitos à participação política dos cidadãos e a possibilidade de criação de partidos políticos. O autor ainda complementa dizendo que, no Brasil, o maior exemplo desse período foi a criação da Constituição de 1891. Ressalta-se que nesse período o direito ao acesso à justiça tornou-se mais possível a todos, tendo em vista o caráter de igualdade instalado na época derivado dessas conquistas.

Os direitos de Terceira Geração⁴, segundo menciona Filho (2009), são os direitos que decorrem de grandes alterações sociais na esfera internacional ensejada pela globalização da economia, avanços tecnológicos e científicos, tais como, a viagem ao espaço, robótica, avanço da Internet, todos direcionando ao

⁴ Diga-se último direito a ser tratado pois, a jurisprudência majoritária como José Adércio Leite Sampaio, Nestor Sampaio Pentead Filho, Zulmar Fachin e Valerio de Oliveira Mazzuoli, prevê outras gerações dos direitos fundamentais. Contudo, por interesse do trabalho apenas serão apresentados as 3 primeiras gerações.

avanço da qualidade da vida humana. Percebe-se também uma maior cautela com o meio ambiente. O autor ainda considera que nessa geração o homem está mais inserido na sociedade, ou seja, traduzido nos valores da solidariedade.

Nesse viés de desenvolvimento e avanço tecnológico, Sampaio (2010) demonstra que existem pensadores que preferem restringir os direitos da terceira geração em apenas um, que é o direito ao desenvolvimento, cujo objetivo é criar uma ordem internacional mais justa. O entendimento de Bonavides (2016), ao se posicionar sobre os direitos de terceira geração, nos direciona para o seguinte:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Ao definir esses direitos, Wolkmer (2013) vai ao encontro da ideia de Bonavides, afirmando serem considerados os direitos metaindividuais. Diz ainda que o titular desses direitos não são mais voltados para a centralização do homem, mas sim na proteção de uma categoria ou grupos de pessoas (família, povo, nação, etc...) onde não se enquadram nem na esfera pública e nem na privada. Na mesma direção, Mazzuoli (2014) destaca os direitos pautados no princípio da fraternidade e os exemplifica com o direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade e à paz.

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos visa proteger todas as dimensões dos direitos do homem pactuados pelos países do continente Americano na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

3 O ACESSO À JUSTIÇA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Ao se falar em direitos fundamentais é muito importante destacar o período de seu surgimento advindo da ordem internacional. Muito se fala que os direitos fundamentais, também chamados direitos do homem ou direitos humanos, surgiram com fim da 2ª Guerra Mundial, período esse demarcado pelo cometimento de muitas atrocidades e conflitos sangrentos (SARKIN, 2007). Contudo, essa proteção é produto de milhares de lutas por indivíduos preocupados com a justiça e o bem-estar humano.

Inicia-se, então, com a diversidade religiosa mundial, todas as principais religiões do mundo procurando, de um jeito ou outro, falar sobre as questões de responsabilidade humana para com os outros (LAUREN, 1998). As religiões como Catolicismo, Budismo, Islamismo, Judaísmo, entre outras, não falavam de um direito propriamente dito, mas sim, abordavam deveres e responsabilidades morais em relação ao ser humano. Os fundamentos subjacentes a esses deveres, como a igualdade, dignidade humana e sacralidade da vida, forneceram uma base para o conceito de direitos humanos (SHELTON, 2007).

Importante ressaltar também as raízes filosóficas dessa proteção. A filosofia grega desenvolveu a ideia da lei natural, incluindo o respeito igual por todos os cidadãos, a igualdade perante a lei, a igualdade no poder político, o sufrágio e a igualdade dos direitos civis. Segundo Shelton (2007), John Locke, em 1690, dizia que toda pessoa individual no estado da natureza possui certos direitos naturais antes da existência de qualquer governo organizado. As pessoas nascem em um estado de igualdade perfeita e gozam de todos os direitos igualmente. Dessa maneira, tanto a sociedade quanto o Governo são formados no intuito de preservar esses direitos, não para rendê-los. Foi nessa época que o conceito de direito natural passa a se entrelaçar com o conceito de direito divino, baseado nos postulados estoicos de Lei Natural e igualdade universal de todos os seres humanos perante Deus, pensamento esse, expressado por São Tomás de Aquino (ANNONI, 2008).

Dessa forma, constata-se que a proteção da pessoa humana se inicia muito antes da 2ª Guerra Mundial, com a criação da ONU, em 1945, e da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948. Contudo, tais direitos somente começaram a ser positivados a partir desses períodos, onde começam a surgir a criação dos direitos humanos, os quais, com o passar dos anos, constatou-se uma crescente evolução na abertura do rol de tais direitos, estando eles, atualmente, dividido em gerações, como já exposto.

Os direitos humanos são os direitos essenciais ao desenvolvimento digno do homem. São considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente na vida (DALLARI, 1998). Nas palavras de Moraes (2006), esses direitos formam um conjunto institucionalizado de direitos e garantias aptos a garantir o respeito, a dignidade do ser humano e a proteção contra o arbítrio do Estado, assegurando condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. O posicionamento dos autores Almeida e Apolinário (2009) refere-se como uma conquista histórica:

No sentido material, os direitos humanos podem ser definidos como um conjunto de faculdade e instituições que, em cada momento histórico, concretiza

as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos nacional e internacional. Em sentido formal, restrito e normativo, os direitos humanos seriam direitos que o Direito vigente qualifica como tais.

Ainda, de acordo com Macklem (2015), pesquisador da *University of Toronto*, este cita Karel Vasak, dizendo que os direitos humanos passaram a existir em diferentes “ondas” no decorrer da história, onde a primeira acompanhou a Revolução Francesa, dando origem à geração de direitos civis e políticos. A segunda, após a Revolução Russa de 1917, originando-se os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, onde ganharam reconhecimento universal e, a terceira, acompanhado da emancipação dos colonizados e de povos dominados no meio do século XX, originando-se os direitos difusos e coletivos.

Ao destacar as três primeiras gerações do direito e, ao compreender seu papel histórico, entende-se que o acesso à justiça não pode ser entendido sem a sua correlação com o conceito de papel do Estado, em particular, o Estado de Direito (ANNONI, 2008). A autora ainda explica que “o direito de acesso implica o reconhecimento por parte do Estado de alguns direitos do cidadão, incluindo nesse rol o direito de acesso às instituições públicas, denominado, direito de petição” (ANNONI, 2008). Dessa forma, o direito de petição foi uma grande conquista frente à arbitrariedade do Estado situado entre os séculos XVIII e XIX (ANNONI, 2008). Tal matéria está enquadrada no rol dos direitos de primeira geração, que são os direitos e garantias de caráter individual. Os direitos civis ou de liberdades individuais são aqueles que garantem uma integridade física e moral, que possam assegurar a personalidade de cada um, conforme os dizeres de Sampaio (2010):

[...] bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um [...] O Estado tem o dever de abstenção ou de não impedimento e de prestação, devendo criar instrumentos de tutela como a polícia, o Judiciário e a organização do processo.

Com as conquistas dessas liberdades individuais e com o afastamento desse duo relação – entre Estado e indivíduo – o acesso à justiça ficou extremamente restrito, pois, somente tinha o direito de petição as pessoas que podiam suportar os seus valores onerosos e poderiam esperar sua lentidão. “O direito de acesso à justiça conquistado na primeira geração dos direitos fundamentais era o direito de acesso formal, mas não efetivo. Correspondia à igualdade formal, mas não à igualdade material” (ANNONI, 2008).

Esse panorama de acesso restrito à justiça somente foi modificado com as conquistas dos direitos de segunda geração, quando foram alcançados os direitos sociais, econômicos e culturais. Esses direitos foram compostos pelos direitos de igualdade *latu sensu*, (direitos econômicos, sociais e culturais) e, também, os direitos da coletividade, introduzido no constitucionalismo do Estado social, depois que germinaram em obra de ideologia e na reflexão antiliberal do século XX. Esses direitos implicaram uma exigência por parte da sociedade, por uma atuação positiva do Estado, e uma reforma nas instituições jurídico-políticas, no sentido de garantir a sua real efetivação (ANNONI, 2008). Segundo os autores Cappelletti e Garth (1988), o acesso a uma ordem jurídica justa, além de ser um direito fundamental reconhecido, é também o ponto central da moderna processualística e, ainda conclui dizendo:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos [...]. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismo para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direito de todos (CAPPELLETTI, GARTH, 1988).

Nessa perspectiva, o acesso à justiça perante as cortes internacionais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos, se aperfeiçoa com a sua função jurisdicional, quando não for suficiente a garantia por parte do Estado da existência de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos (JAYME, 2005). A garantia jurisdicional desses direitos é que assegura o seu efetivo acesso de uma justiça pautada nos princípios fundamentais do homem.

4 O PROCEDIMENTO NA CIDH E SUAS FUNÇÕES RELACIONADAS AO ACESSO À JUSTIÇA

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos se originou a partir da aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, em abril de 1948, na cidade de Bogotá (Colômbia). Contudo, embora o sistema tenha sido criado em 1948, ele somente tomou formato com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (ARAUJO, 2005), cujo seu objetivo principal é obter um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem dentro do continente Americano (CONVENÇÃO, 1969). Esse Sistema estabeleceu um procedimento competente destinado a todos aqueles que foram vítimas de violação de seus direitos humanos e o poder de recorrer

a uma corte suprema, após denunciarem à essa instância internacional seus casos, quando a justiça interna não solucionar a devida reparação (FERREIRA, 2002).

Atualmente, esse sistema é baseado no trabalho de dois importantes órgãos, quais sejam, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada pela OEA no ano de 1959, em Santiago, no Chile. Porém, foi formalmente instalada no ano seguinte, em 1960, quando o Conselho da Organização aprovou seu Estatuto (OEA, 2017). Sua principal função é promover a observância e a proteção dos direitos humanos na América, cabendo a ela:

fazer recomendações aos governos dos Estados-partes prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção destes direitos; preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; requisitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; submeter um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. (PIOVESAN, 2000).

Importante salientar que qualquer pessoa, grupo de pessoas ou qualquer organização não-governamental (ONG) tem o direito de peticionar perante a Comissão, podendo ser também, representadas por terceiros. Devem ser preenchidos alguns requisitos formais como qualificação do interessado (nome, nacionalidade, profissão, domicílio e assinatura), fatos ocorridos e o Estado violador dos Direitos Humanos, bem como requisitos materiais, como o esgotamento dos recursos da jurisdição interna ou demora injustificada da decisão de recursos, dentro do prazo de 06 (seis) meses, entre outros (CONVENÇÃO, 1969). Ainda, quanto ao requisito do esgotamento das vias judiciais internas, este deve ser flexibilizado no sentido da ocorrência da demora injustificada na prestação jurisdicional ou quando houver comprovadamente fundado receio por parte dos cidadãos (GONÇALVES, 2013). Dessa forma, o acesso à justiça no âmbito internacional pressupõe o prévio esgotamento dos recursos internos.

Imediatamente após a apresentação da Petição (Denúncia) por um dos três titulares de direito, a Comissão notifica o Estado que violou o direito humano previsto, tendo esse, o prazo de 90 (noventa) dias para prestar suas informações referentes ao caso, podendo o prazo ser prorrogado por mais 3 vezes, cada qual por 30 dias. Assim, o peticionante passa a ter a garantia de seu direito de impugnar os fatos alegados pelo Estado violador e, posteriormente, ambos passam a apresentar as suas alegações finais, para depois a Comissão emitir o relatório final. (CORREA, CARNEIRO, 2011). O relatório final emitido pela Comissão é de caráter mandatário, onde deverá conter as conclusões da Comissão, indicando se o Estado violou ou não a Convenção Americana de Direitos Humanos

(BUERGENTHAL, 1984). No relatório, se necessário, poderá conter a adoção de medidas cautelares ou provisórias por cumprimento do Estado, para, a partir daí, ser enviado para a Corte Interamericana para julgamento.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos está sediada em San José, na Costa Rica, funcionando como um órgão judicial internacional autônomo do sistema da Organização dos Estados Americanos (OEA), criado pela Convenção Americana dos Direitos do Homem em 1969, mas somente funcionando de forma oficial em 22 de maio de 1979, contando com sua primeira reunião em 29 e 30 de junho de 1979, na sede da OEA, em Washington, Estados Unidos.

Ressalta, foram os seguintes Estados da América que ratificaram a Convenção Interamericana: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguai e Venezuela (CORTE, 2017).

A Corte Interamericana é um órgão de caráter judicial autônomo com a função de interpretar os artigos compostos pela Convenção Americana de Proteção aos Direitos Humanos (ALVES, 2013). Destaca-se ainda que a Corte possui duas funções - Consultiva e Contenciosa. A função Consultiva está prevista no artigo 64 da Convenção Americana, a saber:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.
2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais (CONVENÇÃO, 1969).

A função consultiva opera como uma espécie de tribunal constitucional encarregado de interpretar a Convenção ou qualquer outro tratado de direitos humanos, cuja sua finalidade seja de dirimir dúvidas quanto à interpretação de determinada norma de direito interno ou conduta de um Estado-parte em relação às obrigações assumidas na Convenção, ou seja, atua na prevenção de conflitos. Ressalta-se ainda que a função que esses pareceres consultivos emitidos pela Corte podem ser considerados de dois tipos: a) de controle da interpretação das normas americanas de direitos humanos, nos quais se fixa a orientação da Corte para os operadores internos do Direito; b) de controle de leis ou projetos com relação às disposições da Convenção Americana, em que se analisa a incompatibilidade entre os primeiros e a Convenção (ARAÚJO, 2013), sendo esses pareceres fontes jurisprudenciais pela própria CIDH (PIOVESAN, 2006).

A função contenciosa, prevista pelo artigo 61 da Convenção Americana, possui caráter jurisdicional, específica para o julgamento de casos concretos, quando se alega que algum dos Estados Partes na Convenção Americana, que reconheceu expressamente a sua jurisdição, violou algum de seus preceitos. (MORAES, 2011). A convenção Interamericana prevê os juízes que farão essa análise contenciosa dos casos que chegarão até ela, que se estrutura da seguinte forma:

serão compostas por sete juízes nacionais dos Estados membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos (CONVENÇÃO, 1969).

As decisões proferidas pelas Corte podem ser de caráter indenizatório, pois, esta possui jurisdição para analisar os casos em que o Estado-Parte violou algum direito previsto na Convenção Interamericana. Se restar constatada a violação, a Corte determinará a adoção de medidas restaurativas de direito. Ela ainda pode condenar o Estado a pagar uma justa compensação à vítima. Segundo a autora Flávia Piovesan (2000):

a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao estado seu imediato cumprimento. Se a Corte fixar uma compensação a vítima, a decisão valerá como título executivo, em conformidade com os procedimentos internos relativos à execução de sentença desfavorável ao Estado (PIOVESAN, 2000).

Assim, a competência da Corte em julgar os casos deve ser limitada aos Estados-Partes que ratificaram a Convenção. Apenas a Comissão Interamericana e os Estados-partes podem submeter um caso à Corte, não estando prevista a legitimação do indivíduo nos termos do art. 61 da Convenção Americana (PIOVESAN, 2000).

Segundo o autor Lesdema (2007), o acesso à justiça internacional somente se dá depois de ter feito uso dos recursos jurisdicionais locais sem ter obtido um remédio para a alegada violação, significando que o sistema interamericano é subsidiário em relação, o que deve permitir que primeiro o Estado deverá adotar as medidas corretivas necessárias para depois correr à Corte Interamericana.

Dessa forma, nota-se que o acesso à justiça à Corte Interamericana somente se efetiva de modo pessoal, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos após o esgotamento de todas as vias judiciais cabíveis em seu país de origem ou pela demora injustificada desse.

É por meio dela que a vítima que teve um direito humano ferido pelo Estado poderá peticionar requerendo a sua reparação. E, como notado, a reparação possui força vinculante ao Estado, para que o mesmo arque com os prejuízos sofridos pelo indivíduo, fazendo com que esse acesso à justiça, por uma sentença máxima, efetive seus direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção aos direitos humanos tem ganhado cada vez mais força na sociedade. Como observado, a luta pelas conquistas de alguns direitos foram sendo alcançadas na medida em que os movimentos de classe foram tomando espaço e coragem para alcança-los, tornando, assim, os direitos fundamentais um conjunto de direitos de proteção ao ser humano que garantem condições necessárias de uma vida digna. Por isso, os direitos fundamentais são considerados essenciais ao desenvolvimento digno do ser e, caracterizam-se pela sua irrenunciabilidade.

Ainda, um dos motivos que ansiaram o desenvolvimento desses direitos essenciais, foi a garantia e reconhecimento destes por parte do Estado e, fazer com que o mesmo seja impedido de se impor de forma arbitral. Dessa maneira, o direito de petição tornou uma forma de reconhecimento do Estado perante a sociedade, no intuito de resolver os seus conflitos de interesses, promovendo o acesso à justiça a todos que dele necessitarem.

O acesso à justiça para resolução de conflito tornou-se um direito fundamental após o Estado passar a garantir aos cidadãos o direito de petição e após a sociedade passar a exigir uma atuação positiva do Estado, para assegurar a efetivação dos direitos sociais básicos que nasceram das lutas de classe. Essa garantia de acesso à justiça, como direito fundamental do ser humano, se concretiza quando se destaca a importância de proporcionar às pessoas o acesso à busca pelos seus direitos, por meio da positivação do Estado, devendo sempre, a garantia da preservação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa maneira, quando se fala em proporcionar acesso à justiça aos seres humanos, este deve ser entendido como acesso a todo grau de jurisdição e garantia de direito ao julgamento quando houver um direito lesado. Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos configurou-se um órgão de jurisdição máxima para efetivar os direitos fundamentais do ser humano no âmbito internacional, pois, esta possui a capacidade jurisdicional de obrigar o Estado a fazer cumprir o processo de reparação de lesão à um direito.

Por meio das funções contenciosas e consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta realiza a apuração dos fatos ocorridos e dos direitos lesados, vinculado a sua sentença ou parecer ao Estado lesador de direitos

(pela ineficiência da sentença ou pela demora do poder judiciário) determinando que este repare todo dano sofrido pelo indivíduo. Tais funções funcionam como importantes meios de acesso à justiça, pois são capazes de garantir, por meio da opinião ou decisão de uma Corte Suprema, toda a reparação de um direito humano violado, concretizando, sempre, o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme de Assis. APOLINÁRIO, Silvia Menicuccio de Oliveira Selmi. **Direitos Humanos**. São Paulo: Atlas, 2009.

ALVES, Roberta Emanuelle Rosa. **A Corte Interamericana de Direitos Humanos na defesa das liberdades fundamentais**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental. v. 4, n. 2. Curitiba, 2013.

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça do Brasil**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

ARAÚJO, Nádia de. A influência das opiniões consultivas da corte interamericana de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista CEJ**, nº 29, Brasília, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BUERGENTHAL, Thomas. **Human rights in international law – Legal and policy issues**. Oxford: Clarendon Press, 1984.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Safe, 1988.

CORREA, Alzira Josiane; CARNEIRO, Simone Rezende. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o caso Maria da penha. **Revista da Católica**. v. 3, n. 5. 2011. Disponível em: <<http://catolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv3n5/artigo10.pdf>>. Acesso em: 10. dez. 2017

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: ed. Moderna, 1998.

FERREIRA, Patricia Galvão. **O Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos. Rede Social de Justiça e Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.social.org.br/relatorio2002/relatorio033.htm>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

FILHO, Nestor Sampaio Penteado. **Direitos Humanos**. Doutrina – Legislação. 3ª ed. São Paulo: Método, 2009.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Direitos humanos das mulheres: e a comissão interamericana de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LAUREN, Paul Gordon. **The Evolution of Human Rights: vision seen**. 2ª ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press. 2003.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Cadernos de direito constitucional e ciência política**. v. 6, n. 22, p. 141–159, jan./mar., 1998.

MACKLEM, Patrick. Human Rights in International Law: Three Generations or One? **London Review of International Law**. Volume 3, Issue 1, 1 March 2015, Pages 61–92.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Método, 2014.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 233.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Ana Luisa Zago de. O caso Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista IBCCRIM**, nº 08. Set/Dez, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

O SISTEMA interamericano de proteção dos direitos humanos. **DHNET**. Direitos Humanos na Internet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/br/cdhcf/cartilha_cdh/18_sip.htm>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/comissao_direitos_humanos.asp>. Acesso em: 10 dez. 2017.

PIOVESAN, Flavia. Introdução ao sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: a convenção americana de direitos humanos. In: GOMES, Luis Flavio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e a justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010. p.241.

SARKIN, Jeremy. The Historical Origins, Convergence and Interrelationship of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, International Criminal Law and Public International Law and Their Application from at Least the Nineteenth Century. **Legal Studies Research Paper**, vol. 1, p. 08-24, 2007.

SHELTON, Dinah L. An introduction to the history of international human rights law. **GWU Legal Studies Research Paper**. nº346. 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica – Unicuritiba**. v. 2, n.31. 2013.

QUESTIONANDO SOBRE OS PODERES CONSTITUÍDOS E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO À LUZ DA FORMAÇÃO JURÍDICA: ANÁLISES EM PERSPECTIVA COM ESTUDANTES E PROFISSIONAIS DO DIREITO.

ARTHUR RAMOS DO NASCIMENTO¹
FERNANDO DE BRITO ALVES²

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Direito, enquanto importante ramo do conhecimento humano, passa por um processo de continuada atualização (acadêmica e científica) para que seja possível acompanhar as mudanças sociais. A Ciência Jurídica, nesse aspecto, necessita de uma maior valorização da pesquisa (como instrumento de análise da realidade) e também reformular o Ensino Jurídico (como estratégia de formação de juristas) à luz das demandas contemporâneas. No estudo, na pesquisa e na prática jurídica as transformações sociais são identificadas e a resposta do Direito a essas questões se faz presente ou viável.

A presente pesquisa surge a partir de uma provocação da disciplina: *Contribuições das análises qualitativas para a organização de informações e o desenvolvimento de pesquisas*, ministrada pela Profa. Dra. Marinez Meneghello Passos, no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade

¹ Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Agrário (UFG). Docente efetivo da Universidade Federal da Grande Dourados. Bolsista de Doutorado pela CAPES e fundação Araucária. Líder do Grupo de Pesquisa: *Democracia, Constituição e Direitos Humanos-fundamentais*. E-mail: arthurnascimento@ufgd.edu.br

² Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru - SP (2012). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Líder do Grupo de Pesquisa *Democracia e Direitos Fundamentais*. Advogado. E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br

Estadual do Norte do Paraná – UENP no primeiro semestre de 2019. Na disciplina foram apresentadas diferentes metodologias de abordagem qualitativa para possíveis pesquisas jurídicas como procedimentos cientificamente válidos ou validáveis. Desse modo, para desenvolvimento da pesquisa buscou-se conciliar, tanto quanto possível, os métodos quantitativos e qualitativos, estes apresentados na disciplina, para análise das impressões de um determinado grupo social sobre elementos de destacado valor para a Teoria Constitucional contemporânea e o Estado Democrático de Direito. Os procedimentos de coleta de dados, nesse sentido, envolveram a análise das respostas de um questionário³ elaborado especificamente para fins dessa pesquisa. Considerando as preocupações quanto à prática jurídica e a formação do estudante de Direito, tais indivíduos foram os escolhidos para a coleta de dados.

Como preocupação metodológica buscou-se traçar perfis dentro do universo de participações realizadas na coleta, e posteriormente trabalhar tais perfis à luz da teoria para que fosse possível atribuir valor científico de validação ou contestação desses mesmos dados. Dessa forma, o presente artigo foi construído a partir de uma proposta (con)sequencial apresentando-se (i) na primeira parte elucidando pontuais sobre as teorias e fundamentos jurídicos que lastreiam a pesquisa de base⁴, ainda que de forma apenas pontual para elucidar a natureza das questões e da pesquisa; (ii) posteriormente o artigo descreve os procedimentos da pesquisa e os aspectos metodológicos de coleta de dados; (iii) o movimento seguinte na produção do artigo envolveu descrever o perfil dos participantes dentro do universo de dados coletados e as informações extraídas da pesquisa a partir da tabulação cruzada para otimizar as análises; (iv) por fim, buscou-se descrever o que os dados coletados e as análises oriundas desses dados podem sugerir sobre a formação de estudantes e bacharéis em Direito frente aos temas da Teoria Constitucional e da Democracia.

³ Considerando assim que a pesquisa pautou-se na escolha de um questionário fechado (ou seja, com respostas já pré-determinadas) depreende-se que houve a opção por não adotar a metodologia de análise de discurso, já que não havia espaço para manifestação dos participantes. Se por um lado não se limita uma possível análise discursiva das interpretações da comunidade frente ao fenômeno, o uso do questionário fechado permite uma categorização objetiva dos dados (desde que não se pretenda apresentar uma visão *universalizante* dos resultados).

⁴ O presente artigo acresce uma pesquisa em andamento, em sede de doutoramento, no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Por essa razão, o artigo não se destina ao aprofundamento teórico dos temas (que serão melhor abordados na tese), se prestando principalmente a descrever a metodologia de pesquisa adotada para coletar as impressões de estudantes e bacharéis em Direito sobre os poderes constituídos e a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso, tomando-se por base como a formação jurídica e a experiência profissional pode, em perspectiva, influenciar as visões e leituras sobre esses fenômenos.

2. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL COMO ARENA DE (DISPUTA POR) PROTAGONISMO NAS DINÂMICAS POLÍTICO-SOCIAIS

Frente aos impasses políticos vivenciados na realidade política brasileira se faz necessário pensar como a Teoria Constitucional deve nortear as reflexões sobre o *devoir démocratique* e a tutela de grupos minoritários e vulneráveis. A preocupação é especialmente importante quando esses embates políticos são protagonizados pelos Poderes Constituídos que, ao invés de atuarem de forma harmônica muito mais refletem um duelo de forças que podem fazer uso das instituições democráticas afastadas de sua real natureza (ou seja, a realização da democracia).

Um recorte relevante nesse aspecto, a respeito dos embates políticos por protagonismo, é considerar as tensões entre o Poder Legislativo e o Poder Judiciário para a Teoria Constitucional. Deve-se ter em perspectiva que são atribuídos, a partir de um senso comum teórico, ao Parlamento o primado da representação e interpretação democrática, e às Cortes o poder da última palavra sobre o que é a vontade constitucional⁵.

É inegável que a concepção do constitucionalismo democrático parece representar atualmente dilemas da democracia e do constitucionalismo, como se fosse uma aparente contradição entre participação popular e noções do Direito enquanto uma ciência pautada na noção do “justo”. Conrado Hübner Mendes (2008) apresenta que os *Parlamentos* seriam, a partir de certo senso comum teórico, “a expressão mais direta do ideal democrático”, pois representariam o povo a partir de uma escolha livre por meio de um processo eleitoral válido. Nesse mesmo sentido, haveria certo consenso teórico que o constitucionalismo estaria manifesto no controle judicial de constitucionalidade (especialmente pelas Cortes Constitucionais e instituições correlatas).

Essas visões alimentam a discussão sobre qual das duas instituições teria a legitimidade para decidir sobre direitos fundamentais, considerando que a Constituição apenas possui legitimidade simbólica no Estado de Direito a partir do poder (constituente) do povo. Questiona-se, por isso, se seria o Supremo Tribunal Federal, no contexto brasileiro, legítimo para invalidar a produção legislativa do Parlamento (incluindo Emendas Constitucionais) mesmo se tratando de um poder não eleito. Se a Democracia é entendida usualmente como “governo do povo” qual poder teria maior legitimidade para atuar sob o argumento da “última palavra” passa a ser um aspecto estratégico na tomada de decisões. Também

⁵ Para aprofundamento nesses debates sugere-se a leitura da tese de doutoramento de Conrado Hübner Mendes que leva o título *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação* (2008).

surge, no contexto nacional, a reclamação⁶ crescente de uma efetiva participação popular nesse “governo do povo”, vez que a “representatividade” do Legislativo é objeto de críticas e o Poder Judiciário é muitas vezes considerado como um grupo de pessoas apartadas da realidade social.

Tais temas, que são caros aos debates da Teoria Constitucional, orbitam na temática do Efeito *Backlash*. Esse fenômeno tem sido estudado especialmente ligado aos impactos sociais e institucionais promovidos por decisões judiciais em matéria constitucional que causam desacordos morais, a despeito de sua multifacetada manifestação que pode se dar por diversos “fatos geradores”⁷. Nesse sentido, Zagurski argumenta que essas decisões judiciais capazes de gerar respostas sociais negativas é objeto de posicionamentos que defendem uma atuação minimalista do Judiciário, de modo que ele abstenha-se de decidir sobre questões polêmicas, mas também revela que o Judiciário deve decidir questões mesmo que potencialmente possam resultar em respostas negativas da sociedade. Essa preocupação envolve a “responsabilidade de fazer cumprir o texto constitucional”, bem como indica que a “discordância interpretativa” seria “uma condição normal para o desenvolvimento do direito constitucional” (2017, p. 89).

Cabe ainda mencionar que no Brasil as análises atinentes ao efeito *backlash* ficam vinculadas como “resultado da resposta política ao crescimento do protagonismo Judiciário dos últimos tempos”. Nesse sentido os grupos politicamente conservadores buscam se organizar para enrijecer os mecanismos legislativos também conservadores gerando “um possível risco de regresso em casos envolvendo direitos fundamentais de minorias”, de modo que conduzam “deliberações legislativas que corroboram o antagonismo àquelas decisões judiciais” (MARTINS; SALES, 2018, p. 12).

Assim, o “efeito backlash acontece quando um tema divide a opinião pública e o Poder Judiciário opta por uma decisão liberalista para que seja resguardada a eficácia dos direitos fundamentais”. A reação social se manifesta pelas “opiniões (geralmente conservadoras) que desaprovam tal decisão judicial (geralmente liberal)” (MARTINS; SALES, 2018, p. 12).

O efeito *backlash* revela o dilema nas tensões existentes entre o protagonismo do Parlamento (que se apoia nas teorias da democracia eleitoral, democracia competitiva, democracia representativa, entre outros, evidenciando que o

⁶ Reclamação aqui deve ser entendido não como mera manifestação de descontentamento, mas como real sentido de “reclamar”, devendo-se entender como ato de exigir para si poder, participação e responsabilidade.

⁷ O efeito *backlash* pode ser visto sob diversos e ricos enfoques. É possível pensar em reflexos sociais e institucionais como respostas da produção legislativa (quando a sociedade e/ou instituições discordam de leis/decisões legislativas) ou executiva (quando o efeito reflexo se dá em face de políticas públicas ou atos administrativos). A doutrina nacional, entretanto, tem dado maior destaque ao *backlash* como fenômeno reflexo às decisões do Supremo Tribunal Federal. A adequada abordagem do assunto se desenvolve com a tese de doutorado que a presente pesquisa é parte integrante em uma perspectiva maior.

Parlamento seria soberano em produzir o direito e estabelecer o que seria a vontade popular e da Constituição), o protagonismo das Cortes (amparadas pelas teorias do constitucionalismo, do humanismo que se revela na valorização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais) e do protagonismo popular (o que inclui as necessárias limitações do poder de que supostamente é titular sob o risco de comprometer a própria democracia).

As teorias e aspectos que envolvem as tensões descritas acabam passando ao largo de parcela considerável da população que facilmente se deixa conduzir pelo lisonjeiro argumento do “vox populi vox dei” (a voz do povo é a voz de Deus) e do argumento de que a Democracia seria o “governo do povo, para o povo e pelo povo”. Entretanto, as complexidades envolvendo a separação dos poderes, princípios e a primazia constitucional nas dimensões políticas e jurídicas acabam sendo objeto de estudo e atuação de um determinado (mas não exclusivo) grupo de pessoas: os estudantes e profissionais do Direito.

Assim, é salutar observar como a formação jurídica pode influenciar a desconstrução de certas preconcepções ou pode amadurecer o senso crítico sendo este um importante aspecto para que o jurista (seja como estudante ou profissional) seja capaz de se posicionar frente aos problemas sociais. Como forma de observar as percepções de um determinado universo de participantes, envolvendo estudantes e bacharéis em Direito, sobre as destacadas questões da teoria constitucional produziu-se um questionário para identificar se essa “parcela do povo” corresponde ao que tem sido sustentado pela Doutrina.

3. DESCRIÇÃO DA PESQUISA E ASPECTOS METODOLÓGICOS DA COLETA DE DADOS

A pesquisa se propôs, com fins acadêmicos⁸, analisar como a formação jurídica e atuação profissional podem influenciar a opinião de estudantes e bacharéis sobre a representatividade dos poderes constituídos (especialmente o Parlamento) considerando-se a interpretação constitucional e aplicação e validade dos princípios constitucionais. Como forma de buscar uma coleta de dados mais isenta e ampla possível optou-se pelo uso do questionário⁹ online oferecido

⁸ O questionário se apresentou com o título: “Impressões a respeito da vedação ao retrocesso (apenas para estudantes/bacharéis em Direito)”. Na introdução a pesquisa revelava a seguinte mensagem: “O presente formulário faz parte das atividades da disciplina de Metodologia que estou cursando no Doutorado. Preciso levantar uma base de dados com determinadas técnicas metodológicas. Como se trata de um assunto muito específico, é voltado apenas para pessoas que são estudantes de Direito ou já formados na área. Obrigado por participar! Me ajuda muito!”. A ideia durante a redação dessa explicação/introdução foi propor um texto rápido, resumido e informal para esclarecer as motivações e os fins da pesquisa, além de gerar uma simpatia automática junto ao informante/participante e gerar um sentimento de colaboração.

⁹ Apenas para fins de esclarecimentos (metodológicos) resumidos, a pesquisa se deu por “questionários”, pois a coleta de dados se deu sem a presença dos pesquisadores pelos informantes por meio de instrumentos

pela plataforma do Google, inserindo-se questões fechadas elaboradas pelo pesquisador. Essa coleta de dados oferece *dados primários*, como sendo “aqueles que apresentam relação física direta com os fatos analisados, ou seja, foram coletados especificamente para uma determinada investigação” (RICHARDSON, 1999).

Conforme Marchesan e Ramos questões fechadas apresentam ao participante a necessidade de escolher entre opções pré-determinadas pelo pesquisador, como respostas que mutuamente se excluem e sejam limitadas de respostas possíveis. Os autores destacam que a técnica exige mais tempo de elaboração, por demandar que se elaborem respostas possíveis e precisas, mas oferecerem a vantagem de facilitar a análise e tabulação dos dados (2012, p. 454).

A definição do público alvo da pesquisa, como etapa para obtenção de amostra de dados para análise, contribui para que as impressões de um grupo indefinível (todos os estudantes e profissionais de Direito) possam ser analisadas a partir de um subconjunto da população que possa representar aquele universo maior (ainda que sem precisão exata). Considerando que o fator numérico poderia ser inexpressivo (número indefinível dos milhares de estudantes e profissionais do Direito no Brasil em comparação com o número de participantes), o elemento “representação” (que torna a análise de dados por amostragem válida) se pautou por um aspecto de categorias estabelecidas *a priori* de gênero (masculino, feminino e outro), grupo de idade (estabelecendo-se faixas etárias), formação universitária (instituições de ensino superior “federal”, “estadual” e “privada”) e experiência profissional (advocacia, áreas jurídicas, outras áreas)¹⁰.

A adoção dessa modalidade de coleta de dados foi escolhida em razão do baixo custo e da garantia de anonimato nas respostas, permitindo maior liberdade dos participantes de oferecerem suas respostas da forma mais livre e transparente, além de permitir a participação independente de localidade. Outra motivação metodológica para a escolha da plataforma Google para utilizar o questionário envolve o fato de o instrumento gerar planilhas e gráficos, que contribui para que os dados possam ser trabalhados com maior *otimização* dos tempos e dos recursos envolvidos.

Organizar o material coletado e a adoção de metodologias de análise (e quanto a própria coleta de dados) revelam as concepções epistemológicas do pesquisador, pois mesmo nos momentos iniciais da pesquisa já se está,

tecnológicos (computadores ou celulares). Os “formulários” são instrumentos que dependem da presença do pesquisador, perante o entrevistado/informante.

¹⁰ Nesse sentido, ainda que não se pretenda de forma alguma ser *universalizante*, parte-se da premissa que pessoas pertencentes ao mesmo grupo/categoria potencialmente podem compartilhar impressões semelhantes. Ainda que existam diversos aspectos não identificáveis na pesquisa (como classe social, nível cultural, etnia, nacionalidade, experiências pessoais, dinâmicas familiares etc.) que não foram objetos de questionamento, é possível presumir que pessoas que tiveram experiências similares (como a formação universidade dentro de uma mesma proposta formativa) possam compartilhar visões similares de mundo.

simultaneamente, analisado dados. A observação é necessária, considerando-se que “toda escolha que o pesquisador faz em sua pesquisa é também uma escolha que terá consequências para a análise dos dados” (BARTELMÉBS, 2012, p. 01).

O questionário foi formulado com 13 (treze) questões objetivas (alternativas para serem marcadas) e iniciou a coleta de dados dia 24 de abril de 2019 até o dia 07 de junho de 2019. A coleta de dados por 44 (quarenta e quatro) dias foi considerada como um prazo razoável para coleta de dados, especialmente por não haver nenhuma resposta desde o dia 08 de maio¹¹. No total, houve a participação de 73 (setenta e três) participantes durante o tempo mencionado¹² constituindo a amostra de dados para análise.

Na abordagem qualitativa os questionários permitem a coleta de dados primários aptos a identificar problemas de pesquisa no sentido de auxiliar na formulação de estruturas conceituais, também se caracterizando por investigar a perspectiva dos participantes sobre determinado tema, o que torna possível empreender a análise com “amostras menores” (MARCHELAN; RAMOS, 2012, p. 452).

A participação do público alvo foi aleatória, não havendo nenhum tipo de contato direto entre o pesquisador e os participantes ou direcionamento para indivíduos. O questionário foi publicado nas redes sociais do pesquisador, sendo compartilhado por outros contatos (professores, advogados e estudantes de Direito) ampliando a possibilidade de participação o que configura o desejo voluntário e anônimo no fornecimento dos dados.

Para a realização da pesquisa, partiu-se da etapa de elaboração do questionário, buscando-se estabelecer quais perguntas poderiam ser apresentadas para coletar as impressões, evitando-se viés ideológico ou que, de alguma forma, pudesse influenciar as respostas. Considerou-se como importante estabelecer perguntas curtas, promovendo a participação rápida facilitando a resposta por parte dos informantes.

O rol das questões possui dois grupos de perguntas, sendo as primeiras seis voltadas para traçar o perfil dos participantes (idade, gênero, atuação e

¹¹ Assim, após trinta dias de nenhuma nova coleta de dados a pesquisa foi fechada entendendo que os mecanismos de divulgação do questionário já havia alcançado o público possível. Além disso, a intenção durante a coleta de dados era possibilitar um estudo por amostragem. A coleta de dados com 73 (setenta e três) informantes de variados perfis foi considerada como suficientes para fins de análises iniciais.

¹² Trata-se de uma amostragem consideravelmente pequena da comunidade jurídica de estudantes e bacharéis em direito (advogados e não advogados). A análise do presente artigo, dessa forma, não se pretende ser generalista, mas apenas promover considerações com os dados disponíveis à disposição com o questionário e, a partir dos dados considerados, desenvolver uma correlação entre elementos teóricos e como a formação jurídica e a prática profissional (para o grupo de coleta) foi elemento de distinção. Nesse sentido, a pesquisa reconhece a existência de uma “Margem de erro”, visto a possibilidade das conclusões produzidas não corresponderem ao total da população relativa ao grupo de coleta.

formação) e as demais questões buscando coletar as impressões sobre os poderes constituídos e o princípio da vedação ao retrocesso.

O estabelecimento das perguntas se deu a partir de categorias teóricas, estas que se dão *à priori*, visto que a teoria se apresenta como elemento balizador das análises, o que se dá com as questões pré-estabelecidas com objetivo já inicialmente delineado. Galiazzi e Moraes observam que tais categorias surgem a partir das hipóteses de pesquisa, ou seja, a partir de concepções sobre os fenômenos em estudo. Sob esse sentido, cada categoria¹³ deve corresponder a um grupo (ou conjunto) de unidades organizadas a partir de um aspecto de similitudes que permitam sua aproximação (2005, p. 116).

A motivação da pesquisa envolve vincular as impressões da comunidade jurídica sobre dinâmicas e princípios democráticos, considerando tais impressões a partir do perfil dos estudantes (com a graduação em curso, independente do momento de formação) e os bacharéis em Direito (independente da atuação como advogado ou outra atividade). O foco perpassa por analisar, pontualmente, o *efeito backlash* que é um importante tema da Teoria Constitucional e a participação popular no processo de construção do significado da Constituição.

Para o desenvolvimento do artigo priorizou-se a apresentação de resultados que correlacionassem os estágios de formação (para os estudantes de graduação) e de atuação profissional (dos bacharéis em atividade) considerando como esses dois elementos (experiência de formação e profissional) impactaria na percepção sobre os princípios mencionados e a leitura da realidade constitucional nos poderes constituídos.

4. DOS PERFIS DOS PARTICIPANTES NO UNIVERSO DA COLETA DE DADOS

Do conjunto de dados levantados, no quesito de identificação de gênero, os participantes apresentaram o seguinte perfil: 39 do gênero masculino (representando 53% dos participantes) e 34 do gênero feminino (46,6% dos participantes), não houve respostas com identificação “prefiro não dizer” e nem com a identificação “outro”¹⁴.

No recorte de participantes estudantes de graduações em Direito (independente da instituição), verificou-se o seguinte perfil: 33,3% são de alunos do 3º ano do curso (5º ou 6º semestres), 30,3% de estudantes do 5º ano (9º ou 10º semestres), 27,3% de estudantes de 4º ano (7º ou 8º semestres). As menores

¹³ Os autores destacam que as categorias, por serem construções linguísticas, não possuem limites precisos o que demanda uma descrição clara para que os leitores e interlocutores possam compreender as opções e interpretações que lastrearam os resultados do pesquisador.

¹⁴ Questão: “Gênero”. Opções para assinalar: “Masculino”, “Feminino”, “Prefiro não dizer”, “Outro”.

participações são de estudantes dos dois primeiros anos do curso: 6,1% do 2º ano (3º ou 4º semestres) e 3% de 1º ano (1º ou 2º semestres).

Analisando o recorte de participantes já formados (bacharéis), a expressão majoritária foi de pessoas formadas entre 01 e 03 anos (74,4%), o outro quase quarto de participações se dividiu entre bacharéis formados entre 04 e 06 anos e o grupo de bacharéis formados há 10 anos ou mais (ambos com 10,3% de participação cada).

Os participantes tinham idade entre 18 e 45 anos, sendo a participação majoritariamente de informantes entre 18 e 25 anos (52 pessoas, representando 71,2%), o segundo maior grupo ficou entre 26 e 35 anos (18 pessoas, representando 24,7%) e a menor participação nesse quesito ficou no recorte de idade entre 36 e 45 anos (3 participantes, 4,1%)¹⁵.

Com relação à atuação dos participantes, a participação mais expressiva foi de estudantes de direito (34 informantes, 46,6%), representando quase metade, seguido pela participação de bacharéis que advogam (19 pessoas, 26%). O terceiro grupo foi de bacharéis que não advogam e nem atuam na área jurídica (12 participantes, 16,4%). Bacharéis em Direito que não advogam, mas atuam na área jurídica (7 informantes, 9,6%). A participação menos expressiva foi referente à opção de quem preferiu não informar sua atuação (1 pessoa, 1,4%)¹⁶.

Na formação acadêmica (concluída ou em curso), o perfil dos informantes revela uma vinculação majoritária com instituições públicas federais (56,2%), o segundo grupo estudou/estuda em instituições privadas (34,2%) e o menor grupo de participantes estudou/estuda em instituições públicas estaduais (9,6%).

Superadas as questões destinadas a traçar o perfil dos participantes, é importante observar os resultados envolvendo as percepções da comunidade jurídica quanto aos institutos jurídicos de princípios, aos poderes constituídos e representação.

Com relação ao questionamento se a Constituição da República goza de primazia sobre os Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), a maioria dos participantes (45, correspondendo a 61,6% das respostas) o se posicionou no sentido de que “Sim, a Constituição goza de primazia sobre os Poderes Constituídos”, o segundo maior conjunto de respostas (27, correspondendo à 37%) se posicionou no sentido de que “Sim, a Constituição está relativamente

¹⁵ Não houve participação de pessoas com idade de 46 anos ou mais.

¹⁶ Questão: “Atuação”. Opções para assinalar: “Sou estudante de direito”, “Sou bacharel e advogo”, “Sou bacharel, mas atuo em outra área jurídica”, “Sou bacharel, mas não atuo na área nem advogo”, “Prefiro não dizer”.

acima dos Poderes Constituídos”, ficando a minoria (1, correspondendo à 1,4%) com “Não, a Constituição não está acima dos Poderes Constituídos”¹⁷.

A pergunta seguinte, considerando que a anterior destacava a relação entre a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e os Poderes Constituinte, se propôs a questionar quem tem ou deve ter o monopólio da última palavra em matéria constitucional. Contrariando a ideia da doutrina clássica sobre o tema a maioria dos participantes (45, correspondendo a 61,6% das respostas) afirmou que quem tem ou deve ter o monopólio em matéria constitucional é “O Supremo Tribunal Federal (por meio do controle de constitucionalidade)”. O segundo grupo mais expressivo (22, correspondendo à 30,1%) entende que cabe ao “povo (por meio de referendo, plebiscito ou algum tipo de consulta pública)” dar a última palavra, informação essa que reforça um crescente “despertar” da sociedade para a participação nesse processo. Atribuir essa função ao “Parlamento (por meio de Emendas Constitucionais)” foi à escolha de uma minoria (5 participantes, correspondendo à 6,8%). Cabe observar que apenas um participante afirmou “não ser capaz de opinar” (correspondendo à 1,4% das respostas).

Com relação à pergunta “O princípio da vedação ao retrocesso se aplica aos direitos fundamentais e aos direitos humanos?” uma expressiva maioria (45 participantes, correspondendo à 61,6% das respostas) afirma que o princípio se aplica “Sim, absolutamente aos dois”, seguido com menor expressão pela compreensão de que se aplica “apenas parcialmente, pois todo direito pode ser relativizado” (que foi a resposta de 14 participantes, correspondendo à 19,2%). O terceiro maior grupo de respostas (7, correspondendo à 9,6%) se posicionou no sentido de que o princípio se aplica “absolutamente apenas para os direitos fundamentais (previstos na Constituição)”. A opção “não sou capaz de opinar” foi maior (5 pessoas, 6,8%) do que a opção “absolutamente apenas para os direitos Humanos (no Direito Internacional)” que se mostrou menor índice de escolha (2 participantes, 2,7%).

A questão seguinte arguiu se o princípio da vedação ao retrocesso de direitos fundamentais se aplica aos Poderes Constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), no sentido de não poderem desrespeitar esse princípio. O maior grupo de respostas (33, correspondendo à 45,2%) afirmou que princípio se aplica “sim, totalmente”, seguido pelo grupo de afirmou “sim, parcialmente” (25 respostas, correspondendo a 34,2%). O terceiro grupo afirmou não ser capaz de opinar (12 respostas, 16,4%) e apenas uma minoria (3, correspondendo a 4,1%) afirmou que o princípio “não se aplica” aos Poderes Constituídos.

¹⁷ Não houve participantes que optassem por “Não sou capaz de opinar”.

Ao serem questionados se o Parlamento (Congresso e Senado) representa a vontade popular a maioria afirmou que “Sim, representa parcialmente” (32 participantes, 43,8%), seguidos por aqueles que sentem que o Parlamento “não, não representa” (23, correspondendo à 31,5%). O terceiro grupo (com 17 respostas, correspondendo à 23,3%) afirmou que o Parlamento “sim, representa” e apenas um participante afirmou não ser capaz de opinar (1,4% das respostas).

Diante do questionamento se os participantes se sentem representados pelo Parlamento brasileiro o grupo majoritário (48 participantes, correspondendo à 65,8% das respostas) afirmou não se sentir representado, seguido pelo grupo que se sente “parcialmente representado” (24 participantes, 32,9%). Apenas um participante afirmou não ser capaz de opinar (1,4% das respostas). Cabe destacar que nenhum participante escolheu a opção que se sente totalmente representado.

A última questão, exatamente para não gerar qualquer influência ou condicionamento das respostas, se prestou a identificar se os participantes tinham algum contato com a teoria do *efeito backlash*. A maioria dos juristas (47 participantes, correspondendo à 64,4%) afirmou não ter conhecimento sobre o assunto (*backlash*), seguidos pelo grupo que já ouviu falar (ou leu) sobre o tema, mas que não tem muito conhecimento sobre o tema (19 participantes, 26%). Uma minoria (7 participantes, 9,6%) afirmou que tem conhecimento sobre o tema.

5. A TABULAÇÃO CRUZADA COMO FONTE DE ANÁLISES OTIMIZADAS

Quando os dados são modelados por meio de filtros¹⁸ a pesquisa permite otimizar as informações para que as questões motivadoras da pesquisa possam ser consideradas. Assim é possível traçar *subperfis* ou perfis específicos permitindo uma leitura que pode transcender os dados puramente estatísticos.

Os dados demonstraram equilíbrio na participação entre os gêneros (masculino e feminino) que se aproximavam muito dos 50%, o que implicou na presunção de que o aspecto de gênero não é realmente relevante para essa análise.

Considerando a importância do aspecto atinente à “primazia” da constituição dentro das dinâmicas jurídicas e políticas verificou-se que aqueles que compreendem que a supremacia da constituição se aplica sobre os Poderes

¹⁸ Em uma singela explicação é possível dizer que ao adotar critérios específicos para “recortar” o foco de análise em um determinado grupo (de participantes ou de dados) é possível estabelecer reflexões específicas. A escolha de qual critério e o uso desse critério para isolar um grupo de dados dos demais é o que se pode entender por “filtrar” o universo analisado para objetivos específicos. O universo de participantes e de respostas oferece um determinado olhar sobre os resultados, mas o aprofundamento das considerações, com esses recortes, permite modelar os dados para que a tabulação cruzada possa revelar informações que ficam invisíveis ou não correspondentes dentro do todo inicialmente coletado.

Constituintes, verificou-se a maior incidência de participantes que ainda são estudantes de direito (46%), seguido por advogados (27%), sendo interessante observar que bacharéis que não atuam na área possuem essa visão mais marcante (18%) do que os bacharéis que, a despeito de não advogar, atuam na área jurídica (9%).

A compreensão da supremacia constitucional também se revelou marcante junto àqueles que tiveram ou ainda têm formação em instituições federais de ensino superior (60% dos participantes que escolheram essa opção), seguido por estudantes de instituições privadas (33%) e instituições estaduais de ensino superior (7%). No universo de pesquisa de formação (em curso ou finalizada) em instituições estaduais observa-se maior participação de estudantes (38%), seguido por bacharéis que advogam (27%), bacharéis que atuam fora da área jurídica (23%) e aqueles que atuam na área jurídica, sem advogar (12%). A proporção difere no público de formação (em curso ou concluída) em instituições privadas, mas mantém as categorias com maior representação: com maior prevalência estudantes (60%), advogados (27%) e bacharéis que atuam fora da área jurídica (13%), não havendo representantes de pessoas que não advogam, mas atuam na área jurídica. Considerando a reduzida participação de estudantes de instituições estaduais os dados apresentam um aparente equilíbrio com representantes dos estudantes, advogados e bacharéis atuando em outra área (com um participante em cada categoria).

Informações quanto ao perfil das respostas frente ao questionamento de quem titulariza a última palavra foram encontradas quando se faz a tabulação cruzada e identificação de subperfis, verificando-se a possibilidade de padrões. Do universo coletado 63% dos participantes reconhecem que a última palavra é do Poder Judiciário (nas cortes, através do controle de constitucionalidade), o segundo maior grupo (31%) atribui tal função ao povo (por meio de plebiscitos, referendos e similares), apenas uma minoria (7%) atribui essa titularidade ao Parlamento.

Ao se analisar os dados sobre os que consideram o Judiciário órgão legítimo para ter a última palavra (45 participantes) identifica-se que 58% são oriundos de instituições federais, 31% instituições privadas, 11% estaduais. Os que escolheram o Parlamento (5 participantes), 80% são oriundos de universidades federais e 20% de instituições privadas. Reconhecendo ser o Povo o titular desse dever (22 participantes), 45% são oriundos de instituições federais, sendo o mesmo percentual para aqueles oriundos de instituições privadas e 9% são oriundos de instituições estaduais.

A experiência profissional (com relação ao tempo de atuação) de bacharéis advogados os dados apresentam que 58% dos que reconhecem as Cortes como detentoras da última palavra tem atuação ainda recente no mercado (1-3

anos de prática), sendo as faixas seguintes (4-6 e 7-9) representadas com 17% e apenas 8% dos que acreditam nas Cortes para essa função representa uma atuação mais madura (10 ou mais anos de atuação).

Da coleta de dados, a categoria “bacharel advogado” que reconhece o Parlamento como detentor da última palavra se identificou apenas um participante e sua experiência profissional é recente (1-3 anos).

Atribuindo ao Povo o direito de decidir sobre a última palavra os maiores representantes tem 10 ou mais anos de atuação (50% dos que escolheram essa opção), seguido pelos recém-ingressos no mercado (33% tem entre 1 e 3 anos de atuação), e apenas 17% tem entre 4 e 6 anos de atuação.

A formação jurídica (estudantes) apresenta os seguintes desenvolvimentos: (i) aumenta no decorrer dos anos o percentual sobre os que atribuem ao Judiciário a última palavra (5% nos primeiro e segundo ano, 26% no terceiro ano e 32% no quarto e quinto ano); (ii) O mesmo parece se dar sobre os que atribuem ao Parlamento (não houve participantes dos primeiro e segundo ano atribuindo ao Parlamento a última palavra, o terceiro e quarto ano apresentam 25% cada dessa categoria e 50% se encontram no quinto ano); (iii) atribuindo ao povo os dados coletados não apontaram estudantes do primeiro ano, sendo do segundo ano 11% dos que responderam essa opção, 56% estão no terceiro ano, percentual esse que cai no quarto (22%) e quinto ano (11%).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O QUE OS DADOS COLETADOS PODEM SUGERIR FRENTE ÀS MOTIVAÇÕES DA PESQUISA?

A adoção de categorias permite uma melhor organização, classificação e validação das respostas obtidas pelos instrumentos de coleta de dados. Como estabelecido por Gomes (2004), uma vez que a categoria abrange elementos/aspectos dotados de características comuns ou mesmo relacionadas pode-se afirmar que estão as categorias ligadas à ideia de classe ou série. A partir daí é válido observar, como posto por André e Lüdke que a categorização não é suficiente para esgotar a análise de dados, devendo o pesquisador ultrapassar a descrição dos dados sendo capaz de acrescentar (novas) visões ao assunto pesquisado, seja pelo estabelecimento de conexões ou correlações que introduzam novas explicações ou interpretações do fenômeno (1986, p. 49).

Como observado nos dados apresentados a formação jurídica parece interferir na percepção do estudante sobre quem deve dar a última palavra, identificando-se uma progressividade da valorização do Judiciário como espaço racional. Pesquisas mais específicas se fazem necessárias para que se possam confirmar essas impressões iniciais.

Os dados, ainda que não conclusivos, sugerem que a formação em instituições federais valoriza a atuação judicial e popular, colocando em último plano o protagonismo do Parlamento. Isso pode decorrer do senso crítico que tais instituições transparecem valorizar, bem como a formação do jurista (por conhecer a lei em profundo) pode gerar uma maior desconfiança junto àqueles que fazem a Lei.

Verifica-se que a crença nas Cortes como titular da última palavra se encontra principalmente entre jovens advogados e o maior proporcional dos que atribuem ao povo aqueles com maior experiência profissional (e possivelmente de vida). É possível deduzir que uma maior vivência cívica, participação eleitoral e atuação com juízes pode construir uma visão negativa das cortes e do processo eleitoral (por isso a falta de reconhecimento do Parlamento).

Outro aspecto que também pode ser deduzido, frente aos dados coletados, é que possivelmente a formação jurídica das últimas gerações de juristas tem valorizado uma nova ótica de Democracia (com a valorização dos direitos fundamentais) e vejam a participação popular sob a desconfiança do risco da ditadura das maiorias.

Esses dados indicam que o tema, ainda que relevante para as dinâmicas político-jurídicas contemporâneas ainda são desconhecidas pela comunidade acadêmica. Essa informação é, em certa medida, preocupante por não se vislumbrar a função social da decisão em sede de jurisdição constitucional, os riscos de retrocesso e a necessidade de se proteger o ambiente democrático para que potencialmente apenas avance e não retroceda em movimentos conservadores.

O uso da metodologia qualitativa para análise de dados é relevante para o desenvolvimento da Ciência Jurídica. Um próximo passo para essa pesquisa é se debruçar sobre uma pesquisa de questionário com questões abertas para que se proceda com a análise textual discursiva, de modo a identificar se a formação jurídica implica necessariamente na valorização do Judiciário e em que exatos pontos a população jurídica (estudantes e profissionais) parecem desconfiar da atuação parlamentar.

Por fim, é interessante observar que o universo de dados coletados vai de encontro ao posto pela doutrina clássica que supervaloriza o Parlamento e atribui ao Judiciário a pecha de ser objeto de desconfiança da população. Por outro lado os dados coletados parecem confirmar que a visão da população quanto às dinâmicas democráticas de construção constitucional deve voltar para o povo como seu detentor por excelência.

REFERÊNCIAS

- BARTELMÉBS, Roberta Chiesa. **Analisando os dados na pesquisa qualitativa**. 2012. (Desenvolvimento de material didático ou instrucional – Aula para a Graduação em Pedagogia Licenciatura). Disponível em: <http://www.sabercom.furg.br/bitstream/1/1453/1/Texto_analise.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2019.
- GOMES, Romeu. **A análise de dados em pesquisa qualitativa**. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org). Pesquisa Social. 23.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- LÜDKE, Menga; ANDRÉ, Marli E. D. A. **Pesquisa em educação: abordagens qualitativas**. São Paulo: EPU, 1986.
- MARCHESAN, Maria Tereza Nunes; RAMOS, André Gonçalves. *Check list* para a elaboração e análise de questionários em pesquisa de crenças. **Revista Eletrônica de Linguística**, vol. 6, nº 01, 1º sem, p. 449-460, 2012.
- MARTINS, Luana Adélia Araújo; SALES, Tainah Simões. O STF, a opinião pública e o efeito backlash: o caso da união estável homoafetiva. in: **Anais do Encontro de Pesquisa Jurídica da XIII Semana do Direito da UFC**. (coord.) Gustavo César Machado Cabral; Antonio de Holanda Cavalcante Segundo; Isabelly Cysne Augusto Maia; Romulo Richard Sales Matos, 1 ed. Fortaleza: Mucuripe, p. 12-21, 2018. Disponível em: <<http://www.fadir.ufc.br/wp-content/uploads/2018/06/anais-do-epj-da-xiii-sd-ufc-c.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2019.
- MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 224 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo São Paulo, 2008.
- MORAES, Roque; GALIAZZI, Maria do C. **Análise Textual Discursiva**. Ijuí: Unijuí, 2005.
- OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de; MENDES, Fernanda Ferreira. Backlash na teoria do constitucionalismo democrático e na teoria do minimalismo judicial. **Revista Contribuições a las Ciencias Sociales**, jan./mar., 2018.
- RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. São Paulo: Atlas, 1999.
- ZAGURSKI, Adriana Timóteo dos Santos. Backlash: uma reflexão sobre deliberação judicial em casos polêmicos. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p. 87-108, jul./set, 2017

