

VOLUME 3

COORDENAÇÃO:

VINÍCIUS BIAGIONI REZENDE
JOSIENE APARECIDA DE SOUZA

1º Congresso Internacional

**da Faculdade de Direito de
Conselheiro Lafaiete - FDCL**

TÓPICOS DE BIOÉTICA E BIODIREITO

DIÁLOGOS INTERNACIONAIS DA FDCL

ORGANIZAÇÃO

SÔNIA DE OLIVEIRA SANTOS BACCARINI
SHANA MARCELE OLIVEIRA E SILVA
SÉRGIO LUIZ MILAGRE JÚNIOR
LEONARDO ALVES LAMOUNIER
PAULO ROBERTO DE CASTRO





FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE - FDCL

FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE - FDCL

DIRETOR-GERAL - PROF. CIRLEY JOSÉ HENRIQUES
DIRETOR DE CONTROLE ACADÊMICO - PROF. ÁLISSON THIAGO DE ASSIS CAMPOS
COORDENADOR DE CURSO - PROF. SÉRGIO LUIZ MILAGRE JÚNIOR
BIBLIOTECÁRIA RESPONSÁVEL - SANDRA MARA PINTO
RUA LOPES FRANCO, 1001 BL. C/D, BAIRRO CARIJÓS - CONSELHEIRO LAFAIETE - MG / CEP 36406-119
TELEFONE: (31) 3769-1919 EMAIL: FDCL@FDCL.EDU.BR

CONSELHO EDITORIAL

ÁLISSON THIAGO DE ASSIS CAMPOS
DEILTON RIBEIRO BRASIL
FABRÍCIO VEIGA COSTA
PAULO ROBERTO DE CASTRO
SÉRGIO LUIZ MILAGRE JÚNIOR
VINÍCIUS BIAGIONI REZENDE

COORDENAÇÃO

VINÍCIUS BIAGIONI REZENDE
JOSIENE APARECIDA DE SOUZA

ORGANIZAÇÃO

SÔNIA DE OLIVEIRA SANTOS BACCARINI
SHANA MARCELE OLIVEIRA E SILVA
SÉRGIO LUIZ MILAGRE JÚNIOR
LEONARDO ALVES LAMOUNIER
PAULO ROBERTO DE CASTRO

PROJETO GRÁFICO, FORMATAÇÃO E DIAGRAMAÇÃO

ÁLISSON THIAGO DE ASSIS CAMPOS
SÉRGIO LUIZ MILAGRE JÚNIOR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação - CIP

341.1
D536
2021 Diálogos internacionais da FDCL: tópicos de bioética e biodireito. v. 3 / [coordenador por] Vinicius Biagioni Rezende, Josiene Aparecida de Souza; [organizador por] Sônia de Oliveira Santos Baccarini, Shana Marcele Oliveira e Silva, Sérgio Luiz Milagre Júnior, Leonardo Alves Lamounier, Paulo Roberto de Casto. Conselheiro Lafaiete: FDCL, 2021.

165 p.v. 3. (1º Congresso Internacional da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete-FDCL)

Vários autores
ISBN: 978-65-995390-3-9

1. Direito. 2. Bioética. 3. Biodireito. I. Título

CDD 341.1

Catalogação elaborada por Sandra Mara Pinto – CRB6/2487

O PADRÃO ORTOGRÁFICO E O SISTEMA DE CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS SÃO PRERROGATIVAS DE CADA AUTOR. DA MESMA FORMA, O CONTEÚDO DE CADA CAPÍTULO É DE INTEIRA E EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DE SEU RESPECTIVO AUTOR, INCLUSIVE EM RELAÇÃO A DIREITO DE IMAGEM E PROPRIEDADE INTELECTUAL.

APOIO





1º Congresso Internacional

da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDCL

A PUBLICAÇÃO DESTA OBRA TEM FINALIDADE ACADÊMICA, SEM QUALQUER INTUITO COMERCIAL. O LIVRO FOI INTEGRALMENTE CUSTEADO PELA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE - FDCL, COM AUXÍLIO DOS PATROCINADORES (2ª SUBSEÇÃO DA OAB - CONSELHEIRO LAFAIETE E NACIONAL TINTAS). NESSE SENTIDO, OS AUTORES NÃO DESEMBOLSARAM QUALQUER VALOR PARA A PUBLICAÇÃO E, PORTANTO, NÃO DEVEM REALIZAR A VENDA, EIS QUE SE TRATA DE PUBLICAÇÃO DE DIVULGAÇÃO GRATUITA QUE BUSCA DIFUNDIR O CONHECIMENTO.

ESTE E-BOOK SÓ FOI POSSÍVEL EM RAZÃO DO TRABALHO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES E DO CORPO TÉCNICO ADMINISTRATIVO DA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE - FDCL.

RESSALTE-SE, POR FIM, QUE O PADRÃO ORTOGRÁFICO E O SISTEMA DE CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS SÃO PRERROGATIVAS DE CADA AUTOR. DA MESMA FORMA, O CONTEÚDO DE CADA CAPÍTULO É DE INTEIRA E EXCLUSIVA RESPONSABILIDADE DE SEU RESPECTIVO AUTOR, INCLUSIVE EM RELAÇÃO A DIREITO DE IMAGEM E PROPRIEDADE INTELECTUAL.

CONSELHEIRO LAFAIETE, MAIO DE 2021

A ORGANIZAÇÃO





PREFÁCIO

AO CONTRÁRIO DO QUE MUITOS IMAGINAM, A CIÊNCIA NÃO ESTÁ PRESENTE APENAS NOS LABORATÓRIOS E TUBOS DE ENSAIO. NOSSA VIDA É PERMEADA DE CIÊNCIA, EM TODOS OS SEUS ASPECTOS - INCLUSIVE, NO DIREITO. NESSE SENTIDO, A FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE, EM CONSTANTE PREOCUPAÇÃO COM A FORMAÇÃO DE SEUS DISCENTES, FOMENTA O DEBATE CIENTÍFICO, ATRAVÉS DE VÁRIAS INICIATIVAS. OS ANAIS QUE ORA APRESENTAMOS REFEREM-SE A UMA DESSAS INICIATIVAS: O I CONGRESSO INTERNACIONAL DA FDCL, REALIZADO ENTRE 3 E 7 DE MAIO DE 2021.

NESTA PUBLICAÇÃO, PROFISSIONAIS DO DIREITO, ESTUDANTES E A COMUNIDADE EM GERAL TERÃO A OPORTUNIDADE DE CONHECER ALGUMAS DAS IDEIAS APRESENTADAS E DEBATIDAS DURANTE O EVENTO, QUE REUNIU DEZENAS DE PESQUISADORES, EM ÂMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL. TRATA-SE DE CONSIDERÁVEL CONTEÚDO DE PESQUISA, A RESPEITO DOS DESAFIOS E POSSIBILIDADES QUE SE COLOCAM NO MEIO JURÍDICO, EM NOSSO SÉCULO. O DIREITO, ASSIM COMO A SOCIEDADE, É MUTÁVEL, E SEU DINAMISMO DEVE-SE GUIAR PELAS DEMANDAS HUMANAS. DAÍ A IMPORTÂNCIA DE EVENTOS CIENTÍFICOS E PUBLICAÇÕES COMO ESSA.

CONFORME RESSALTA O CIENTISTA AMERICANO CARL SAGAN, “EXISTEM MUITAS HIPÓTESES EM CIÊNCIA QUE ESTÃO ERRADAS. ISSO É PERFEITAMENTE ACEITÁVEL; ELAS SÃO A ABERTURA PARA ACHAR AS QUE ESTÃO CERTAS”. DIANTE DISSO, CARO PESQUISADOR, LEIA OS TEXTOS QUE COMPÕEM ESSE EXEMPLAR. QUESTIONE, DISCUTA, PONDERE, REFLITA! É DESSA MANEIRA QUE PODEMOS AMPLIAR AS CIÊNCIAS JURÍDICAS, CONTRIBUINDO PARA SEU DESENVOLVIMENTO E PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIAL - QUE, AFINAL, É NOSSO GRANDE PROPÓSITO. BOAS LEITURAS!

CIRLEY JOSÉ HENRIQUES

DIRETOR-GERAL DA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE -
FDCL



APRESENTAÇÃO

APRESENTAMOS AOS LEITORES OS ARTIGOS DO GRUPO DE TRABALHOS QUE TIVEMOS A OPORTUNIDADE DE COORDENAR: "TÓPICOS DE BIOÉTICA E BIODIREITO".

COM GRANDE QUALIDADE DOS TRABALHOS DESENVOLVIDOS PELOS AUTORES, SALIENTAMOS TER SIDO MOTIVO DE GRANDE HONRA ESTARMOS DISCUTINDO TEMAS TÃO IMPORTANTES E NECESSÁRIOS, ESPECIALMENTE EM TEMPOS ATUAIS.

CONECTANDO-SE AO 1º CONGRESSO INTERNACIONAL DA FDCL, REALIZADO NO ANO DE 2021, ESPERAMOS QUE A LEITURA ORA APRESENTADA POSSA AGUÇAR UMA VISÃO AINDA MAIS CRÍTICA ACERCA DOS ASSUNTOS EM ANÁLISE.

UM GRANDE MARCO PARA A FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE, QUE EM CONTINUIDADE ÀS COMEMORAÇÕES DE SEU CINQUENTENÁRIO NÃO OLVIDOU ESFORÇOS PARA OFERTAR PARA TODA A COMUNIDADE ACADÊMICA, E TAMBÉM PÚBLICO EXTERNO, DEBATES DE QUALIDADE NA REALIZAÇÃO DESTE CONGRESSO.

CUMPRE-NOS RESSALTAR QUE É MISSÃO DA FDCL "FORMAR PROFISSIONAIS DO DIREITO TECNICAMENTE CAPACITADOS E SOCIALMENTE RESPONSÁVEIS POR MEIO DA EXCELÊNCIA DO ENSINO E DA OBSERVÂNCIA IRRESTRITA DOS PRINCÍPIOS ÉTICOS, MORAIS E DA DIGNIDADE HUMANA."; A PARTIR DESSE ENSEJO REPLICAR-SE PARA A SOCIEDADE TODA A TRADIÇÃO ARRAIGADA EM 50 ANOS DE HISTÓRIA DA FDCL, SIMBOLIZADAS, SOBRETUDO, PELO PAPEL INADIÁVEL DE LEVAR UMA EDUCAÇÃO DE QUALIDADE, E A ASSIM PROJETER O DESEJO DE UM MUNDO CADA VEZ MELHOR.

COM OS VOTOS DE UMA BOA LEITURA,

CONSELHEIRO LAFAIETE-MG, 13 DE JUNHO DE 2021

JOSIENE SOUZA

PROFESSORA DA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE/MG. MESTRA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO- UFOP. ESPECIALISTA EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL. GRADUADA EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO

VINÍCIUS BIAGIONI

DOUTORANDO EM DIREITO PELA ITE/BAURU. MESTRE EM DIREITO PELAS FACULDADES MILTON CAMPOS. MEMBRO DO GRUPO DE ESTUDOS JUSBIOMED - DIREITO, BIOÉTICA E MEDICINA. MEMBRO DO GRUPO DE ESTUDOS ARAKEN DE ASSIS - GEAK. GRADUADO EM DIREITO PELA FACULDADE DE DIREITO DE CONSELHEIRO LAFAIETE. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. ADVOGADO.

SUMÁRIO

ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DE “DIREITO AO ESQUECIMENTO” À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL Alessandra Maria Serra Antônio Octávio França Fabrini	7
DIREITO, MEDICINA E BELEZA: PARA ONDE CAMINHA A HUMANIDADE? Beatriz da Silva de Oliveira Cleber Affonso Angeluci	24
O PROTAGONISMO DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA Júlia da Silva Rodrigues Benitez Cleber Affonso Angeluci	42
ANÁLISE CRÍTICA DO CASO MARIA JOAQUINA: O OSTRACISMO SOCIAL IMPOSTO AS PESSOAS TRANSGÊNERAS Elisa Santana Fonseca Josiene Aparecida de Souza	60
INCLUSÃO DOS SURDOS NA EDUCAÇÃO: ANÁLISE À LUZ DO DOCUMENTÁRIO “AS BORBOLETAS DE ZAGORSK” Guilherme Luiz Leão Boelsums Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende Maria Luiza Guimarães Dias dos Santos	76
A COMUNICAÇÃO ADEQUADA COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO À SEGURANÇA DAS PARTES NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE Henrique Costa Princhak	93
PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES DA POLÍTICA: UMA QUESTÃO DERUPTURA SOCIAL Joyce Mariana da Silveira Leite Josiene Aparecida de Souza	109
NOME SOCIAL DOS TRANSGÊNEROS E SEUS IMPACTOS JURÍDICOS E SOCIAIS: DESAFIOS E AVANÇOS NO BRASIL Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende Ariela Campos de Oliveira Peixoto Leandra Chaves Tiago	122
OS TRANSGÊNICOS E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO Lucas Henrique Lellis Sérgio Luiz Milagre Junior	138



A MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO COMPARADO: OCASO PORTUGUÊS 154

Eduardo Moraes Lameu Silva

Natássia Pauline Guerra Barboza

ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS DE “DIREITO AO ESQUECIMENTO” À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Alessandra Maria Serra¹

Antônio Octávio França Fabrini²

RESUMO: As novas tecnologias trouxeram muitos avanços e benefícios à sociedade Brasileira, porém no ramo jurídico, além das benesses, surgiram também novos tipos de contendas judiciais que trouxeram antinomias ao ordenamento Constitucional, o que culminou com interpretações multifacetadas e que vem sendo objeto de inesgotáveis discussões que produziram inúmeras análises distintas sobre os mesmos fatos. Diante disso, para gozar do frescor das novas relações do século XXI sem dispensar a relevância ao ordenamento jurídico, enfatiza-se nesse artigo as atuais decisões a respeito do tema e as possíveis vertentes que podem surgir decorrente desses novos litígios. Para isso, irão ser analisados os casos concretos e julgados recentes, inclusive, que obtiveram grande repercussão, sob a completude e o amparo da premissa do amadurecimento do tema, das suas singularidades e subjetividades, não obstante, promovendo a conciliação com a matéria da Constituição Federal e todas as garantias nela asseguradas. Destarte, que determinante no presente estudo será a verificação do direito ao esquecimento sem ferir a liberdade de expressão, mas garantindo direitos como dignidade da pessoa humana, honra, personalidade e imagem.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; esquecimento; constituição; ordenamento jurídico;

ABSTRACT: The new technologies have brought many advances and benefits to Brazilian society, but in the legal field, in addition to the benefits, new types of judicial disputes have also emerged that have brought antinomies to the Constitutional order, which culminated in multifaceted interpretations and which has been the subject of endless discussions that produced numerous different analyzes on the same facts. Therefore, in order to enjoy the freshness of the new relations of the 21st century without dispensing with the relevance to the legal system, this article emphasizes the current decisions on the subject and the possible aspects that may arise as a result of these new disputes. To this end, concrete cases will be analyzed and judged recent, including, which had great repercussion, under the completeness and support of the premise of the maturing of the theme, its singularities and subjectivities, nevertheless, promoting reconciliation with the matter of the Constitution Federal Government and all guarantees provided therein. Thus, what determines in this study will be the verification of the right to be forgotten without hurting freedom of expression, but guaranteeing rights such as human dignity, honor, personality and image.

KEYWORDS: Right; forgetfulness; constitution; legal order;

¹ Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá em Belo Horizonte

² Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá em Belo Horizonte

INTRODUÇÃO

No presente artigo, propõe-se desenvolver reflexões sobre o expediente do “direito ao esquecimento”, provocando pensamentos e análises do uso deste instrumento à luz da Constituição Federal Brasileira. Para tanto, reverberar-se-á a abordagem de alguns casos concretos de sonora propagação na mídia, demonstrando a interpretação e o sopesamento das normas, e da sua aplicação direta, desde a análise de princípios constitucionais basilares contidos na subjetividade da interpretação, que podem ter vertentes difusas na aplicação em casos concretos específicos, até mudanças de entendimento jurídicas diante de casos demasiadamente complexos.

Em consequência, conduz o leitor ao entendimento da notoriedade do assunto e o árduo papel dos ordenadores jurídicos ao ponderar a aplicação das normas de maneira fiel à lei máxima, a Constituição Federal, fundamentando e trazendo aplicações justas aos casos concretos contemporâneos. Visto que não podemos esquecer que o ordenamento jurídico foi produzido em uma época que não existia tamanha exposição virtual, digital e os conflitos eram muito diferentes.

Ademais, cabe aos ordenadores trazer o equilíbrio máximo na eficácia normativa o que certamente não é tarefa tão simplória, considerando que as especificidades são inúmeras em cada situação e apaziguar os conflitos dos tempos hodiernos os quais tem-se tanto, atritos de caráter virtual, quanto presencial, que tornam essa tarefa ainda mais intrínseca. Assim como, é extrema a necessidade de se diferenciar até onde casos concretos são pertinentes ao interesse comum e quando tratam-se de curiosidade ou apenas exposição.

Para tal, trabalhar-se-á, três casos da sociedade brasileira, o caso Aída Curi, o caso Xuxa Meneghel e o caso Cristian Cravinhos, revisitando suas propriedades, descrevendo os fatos e observando conforme a Constituição Federal se há o descumprimento do direito quanto aos litígios.

Em princípio, devido à grande elasticidade conceitual do tema, faz-se relevante elucidar o leitor o motivo da abordagem já que no âmbito jurídico tem-se tantos assuntos relevantes, pois bem, nos últimos julgados, têm-se levantado que o direito ao esquecimento está sendo pleiteado de forma deturpada, não para proteger e

amparar quem o requer, mas sim, para apagar fatos, erros, incidentes e conteúdos. Sendo assim, levantar a discussão sobre o assunto é também levar ao conhecimento da sociedade em geral que o direito será analisado com toda sua pluralidade. Portanto, usar o direito ao esquecimento de forma oportunista é um ato despropositado, pois o ordenamento sempre seguirá os preceitos legais.

Ao final, pretende-se que o assunto tratado seja compreendido através da exposição dos argumentos, ponderações e raciocínios, distanciando todo tipo de ideologia e politização para frisar a precisão jurídica do conteúdo, considerando sempre o quanto a ciência jurídica é um grande norteador de condutas humanas ao longo da história estando ligado às mudanças no comportamento social e ao modo de pensar e agir diante de determinadas situações. Além disso, um garantidor de que direito de esquecer não é censura, não é banimento de fatos e não deve ser requerido de forma imprópria, pois à justiça encontra-se atenta a cada caso, não sendo possível simplesmente se apagar conteúdos pertinentes à história nacional sob a alegação de “direito ao esquecimento”.

DESENVOLVIMENTO

Tema polêmico, contido no ordenamento jurídico constitucional, adquire um prisma de múltiplo espectro, tanto no que se refere a sua interpretação como no que tange a sua aplicação. Em embate, deparara-se com o fato da obediência ao sopesamento de normas constitucionais que levaria o leitor a adotar entendimento equivocado e aplicação que destoaria dos princípios básicos contidos nos alicerces da lei maior.

A antinomia jurídica na análise subjetiva da norma, esvaziaria o tema vez que a sua aplicação perderia o objeto, firmando-se entendimento em apenas em uma via. A matéria é complexa e não deve ter cunho direcionista, não se trata de diploma legal constitucional direto, porém, contém em seus aspectos, normas constitucionais como direito de privacidade, a intimidade e honra, deitados sobre o Art. 5º da Constituição Federal, que não devem e nem podem ser descartadas.

Recentemente um caso concreto que repercutiu na sociedade foi o de Aída Curi que em meados do século XX, na cidade do Rio de Janeiro, em uma região nobre

da cidade, ao voltar de seu curso de datilografia foi abordada por dois rapazes que costumavam margear a região e a pretexto de entregar-lhe as chaves de Aída que haviam caído, investiram em uma tentativa de diálogo com a moça, sendo repelidos de imediato.

E então, a partir da negativa da moça, os rapazes passaram a persegui-la e fizeram o que na época chamavam de “curra”, tomaram os pertences de Aída e a levaram a um prédio próximo ao local onde a abordaram. Já dentro do edifício contaram com a ajuda do porteiro para subirem com a moça até o terraço pois, segundo relatado nos autos, depois de tanto lutar e resistir à violência a mesma perdeu os sentidos, sendo carregada até o terraço, local em que foi torturada, abusada e atirada de lá pelos agressores na tentativa de simulação de um suicídio.

Perante todos esses fatos, os agressores ainda assim foram descobertos e levados à justiça, ainda segundo os autos, a luta de Aída pela vida foi tão intensa que ela possuía várias escoriações, arranhões, equimoses (contusões, roxos, traumas) por todo o corpo pela luta exaustiva pela sua integridade física e moral. Além disso, sinais de soco, estrangulamento, trauma no queixo e marcas nos braços, antebraços e dorso das mãos (indicando ferimentos de defesa), e ainda, marcas no tórax ocasionadas pelo que julgam se tratar de mordidas.

Em síntese, por cerca de meia hora essa moça lutou pela sua vida e sofreu seus piores momentos, sendo ao final jogada de um prédio por três rapazes que foram cruéis e impiedosos.

Diante de toda essa narrativa a fim de que o leitor conheça as entranhas do caso, levanta-se a questão jurídica proposta pela família da moça que pleiteou o direito ao esquecimento do caso diante da exibição de um extinto programa de televisão, que expôs o caso em rede nacional.

Os acontecimentos relatados acima, culminaram com a interposição do RE 1010606 RJ, superado pelo STF, que teve seu assentamento pacificado pelo reconhecimento a liberdade de expressão em desfavor dos requerentes, que aludiram “direito ao esquecimento”, e indenização por danos morais, pela reedição de matéria de conhecimento notório, contido em arquivo de domínio público a saber (a morte da menina Aída Curi na década de 50).

Entendeu a maioria do pleno que, a função precípua de informar, de trazer aos

dias atuais, fatos ocorridos a tempos, de forma lícita e verdadeira, superariam o instituto do “direito ao esquecimento”.

Mas inseridos em seus votos, alguns Ministros, reconheceram parcialmente os direitos de personalidade, dando parcial provimento à tese do desvio de interpretação dos fatos pelos autores do semanário criminal “Linha Direta Justiça”, produzido pela emissora do sistema Globo de televisão.

Não há óbice no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, em resgatar e relatar fatos ocorridos, sejam lá em que tempo for da história e trazê-los à realidade atual, desde que não se verta nenhum acréscimo ou decréscimo aos fatos. Tratando se unicamente em relatá-los através dos meios de comunicação, que no caso tratava-se do semanário televisivo específico que atinge o tema criminal, o programa “LINHA DIRETA”.

Soma-se ainda, que no ano de 2011, foi sancionada a Lei número 12.528 que institui a Comissão Nacional da Verdade, dirigida a apurar fatos relevantes às violações de direitos, perpetuando assim, o direito à memória, sendo fundamento de preservação desses direitos, tombado sobre o Art. 4º, inciso II da Constituição Federal. Na mesma Lei, em seu Art. 3º inciso III³, tem-se os fatos notáveis da história da sociedade não podem ser omitidos: in verbis:

III. “Identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no caput do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade”;

Em que pese qualquer efeito maléfico e ou doloroso, que as lembranças daqueles fatos tenham trazido aos atores do fato, através da reapresentação da matéria, de forma nenhuma cabe ao caso em tela o benefício do “direito de esquecimento”, simplesmente não é o caso, esquecimento aqui não tem enquadramento Constitucional, trata-se tão somente de abordagem fática de acontecidos passados que compõem um vasto e triste compêndio criminal cinematográfico brasileiro de reportagens sobre o tema, “CRIMES VIOLENTOS”. Por

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

analogia, seria o mesmo que requerer a não divulgação dos casos de feminicídio por expor a vítima, ou ainda, como nos crimes violentos e de grande repercussão proibir a menção dos fatos devido às possíveis tormentas que eles possam trazer aos familiares das vítimas.

Acresce-se a essa repercussão o realce à publicidade de um crime que além de violento causou a morte de uma jovem, sendo nos dias atuais um tema recorrentemente combatido. E trazer holofotes ao caso de Aída, mesmo que consterne sua família, é dar voz a tantas mulheres encurraladas e mortas sem direito a defesa ao longo dos anos. Casos como este transcendem questões pessoais e sociais, e servem de alicerce para que atrocidades como esta, não sejam esquecidas e nem aceitas, pois a vítima ou a sua família não são os culpados. Como muito bem coloca KELSEN (2009):

“O que transforma este fato num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui. O sentido jurídico específico, a sua particular significação jurídica, recebe-a o fato em questão por intermédio de uma norma que a ele se refere com o seu conteúdo, que lhe empresta a significação jurídica, por forma que o ato pode ser interpretado segundo esta norma.”

Conforme muito bem coloca o pai do direito positivo, uma conduta humana específica, transforma-se em um ato jurídico que resulta em sua interpretação normativa. Sendo o fato concreto crível de análise puramente jurisdicional e doutrinária junto às suas especificidades gerando a interpretação normativa. Dessa forma, apagar casos concretos como esse, aplicando o “direito ao esquecimento”, seria o mesmo que apagar a ciência jurídica e o direito.

Incorpora-se ao caso do RE 1010606 RJ julgado pelo STF, os episódios de Daniela Perez, Ângela Diniz, Sandra Gomide, Eloá Pimentel e Marielle Franco, todos crimes violentos e sobre os quais jamais se cogitou qualquer tipo de antijuridicidade, tanto pela sua altíssima publicidade, quanto por sua constante disseminação midiática, ninguém veio a intentar prerrogativa de “direito ao esquecimento”, em tempo algum, nem por réus nem por vítimas.

Maior repercussão teria, pugnar pelo direito de lembrança, pois sem memória não se escreve a história, que de fato retrata com clareza os acontecimentos que

conduziram a humanidade ao momento equânime de democracia no qual vive-se hoje, sem lembranças não existe aprendizado, o saber é fruto constante do eterno conhecimento histórico, fático e esse por sua vez só terá alicerce firme e inderrogável, se puder se engatar na realidade dos acontecimentos que juntos escreveram a história humana.

Quanto a prerrogativa de preservar o direito de personalidade, o dispositivo do “direito ao esquecimento”, deve ter lugar em ocasiões onde se houver atingido o direito de personalidade, o direito à privacidade, à honra, à intimidade, em casos onde estiverem claros que o lapso temporal demonstrou grande discrepância entre passado e presente, em mudança de atitude personificada.

De resto, em se tratando de dano moral, deve-se avaliar os requisitos legais mínimos necessários, que tem que estar em conjunto presentes para se tornarem legítimos, para só então, passar-se a tipificação da conduta abusiva, na qual imputar-se-á o dano real ocorrido de acordo com a norma lavrada e contida no CCB. E assim sendo, somente após ser superado este momento processual, estaria-se autorizado a falar em danos morais.

A aplicação deste expediente não pode ser geral, tem que ser especial, para o caso que se julga, com foco no ocorrido, não podendo ter jamais caráter preventivo, a aplicação deve ser objetiva, “in strictu sensu” (em sentido específico).

No caso julgado pelo STF, RE 1010606 RJ⁴, o processo foi remetido à instância de origem, para se confirmar e posto desta forma, se avaliar e calcular o possível e real dano moral causado, pelo entendimento errôneo veiculado pela reportagem, que atribuiria a inocência da vítima a responsabilidade pelo o seu próprio homicídio.

Assim, ao alterar-se o entendimento sobre os fatos, dando uma versão personificada aos acontecimentos, alegando-se que a inocência da vítima teria culminado com seu homicídio, ensejou-se em flagrante desrespeito aos direitos de personalidade, de honra, de privacidade da vítima e sim, geraria direito de indenização por dano moral. Descabido falar em culpar alguém por ser inocente o suficiente a ponto de provocar seu próprio homicídio praticado por terceiros.

Destarte, mostra-se a aplicação de cerceamento do direito à liberdade de

⁴<http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5091603&numeroProcesso=1010606&classeProcesso=RE&numeroTema=786>

expressão, a livre informação, uma simples reprodução de reportagem que aduz fatos de conhecimento público, contidos em um universo eletrônico ou não, cujo acesso é permitido a qualquer cidadão que possua um mero aparelho de telefone celular com um provedor de internet. Claramente, diante da era virtual, casos como esses de Aída repercutem demasiadamente, visto que geram perplexidade, revolta e grande comoção da sociedade. No entanto, essa publicidade ao caso é proveitosa para garantir a ruptura de paradigmas sociais.

Na mesma linha, caminha o STF em não reconhecer por exemplo no caso notório da apresentadora Maria das Graças Meneghel (a Xuxa), que requereu ao judiciário o “direito ao esquecimento”, em arquivos do provedor google que atrelava sua imagem ao crime de pedofilia. Dado que ao se efetuar a busca no provedor google por pedofilia, o mesmo retornava “xuxa pedófila” e outras desvalorizações a sua personagem, figura pública conhecida e que exerce atividades econômicas através de sua imagem.

Aqui não se verifica que existe um excesso quanto ao que seria suscitado pela apresentadora, nenhum verdadeiro ataque aos direitos de personalidade, de honra de privacidade e intimidade da mesma, uma vez que nunca, em tempo algum, houve quaisquer relatos que atribuísem a famosa, fatos neste sentido, tratando-se tão somente de pesquisa ao provedor, com cunho tão somente informativo. Ainda que para a parte requerente gere um desconforto ter esses tipos de termos atrelados ao seu nome artístico, por não tratarem-se de fatos, não há outorga para o direito ao esquecimento.

Desse modo, levado o caso ao STJ a apresentadora teve sua solicitação negada, sob a justificativa do Ministro Celso de Melo que não poderia se reprimir o direito da coletividade à informação, mesmo tratando-se de algo ilícito, visto que a apresentadora contracenava com um garoto, o que em nosso ordenamento trata-se sim, de pedofilia. Em virtude disso, o fato torna-se ainda mais relevante, pois abrindo um parêntese, essa “normalidade” no relacionamento entre uma criança ou adolescente com um adulto de décadas atrás, hoje é repudiada. Porquanto, o Ministro ainda acrescentou que o fato da plataforma citada facilitar a busca do conteúdo não configura nenhum ferimento ao direito da requerente.

O que se combateu no RE 1010606 RJ pelo STF, foi uma questão técnica, de

aplicação direta de norma constitucional em detrimento a outra, e como ficou constatado pela maioria dos Ministros da Corte, sobreveio o entendimento que, caso tivesse sido acolhido o requerido postulado de “direito de esquecimento”, afastar-se-ia de vez o direito primário de se dizer a verdade sobre qualquer acontecido em idos tempos, negando a memória, renegando a linha temporal histórica, não somente no conteúdo desta matéria como no de qualquer outra que trouxesse dor e desconforto aos partícipes do fato concreto. Porquanto a requerida Rcl. feita pela a apresentadora, apagaria parte de fato realmente ocorrido no seu passado e ainda que ela sintasse-se vexada por seu ato, isso por si só, não justificaria o pedido de direito ao esquecimento vez que trata-se de fatos reais, cenas que realmente ocorreram.

A memória da humanidade não pode ser simplesmente apagada, cuida-se da história humana, não há abrigo sobre a égide da Constituição Federal, nem sobre a proteção dos direitos naturais e nem amparo sobre a luz do direito mais puro e simples, que permeia a conduta do cidadão, e assim, escreve mais uma vez, o que seria a história da sociedade

Poderia esquecer-se o holocausto, aonde a raça humana escreveu seu pior capítulo diante do povo judeu, os tempos da cólera e da peste negra na Europa, que tanta gente matou, a ditadura, que levou tantos irmãos, descartados como peças de um tabuleiro, futuramente esses dias de hoje serão tristemente lembrados como “na época da pandemia” poderia-se simplesmente apagá-los, com certeza não.

Negacionismo não é direito, é covardia, é o caminho mais curto e geralmente o mais errado, é uma forma tortuosa de ignorar a realidade, é medo, é tristeza.

Como muito bem dito pela ilustríssima docente, Emília Viotti da Costa⁵ “Um povo sem memória é um povo sem história. E um povo sem história está fadado a cometer, no presente e no futuro, os mesmos erros do passado. ”

Assim como deve-se preservar a memória e a liberdade de expressão, no que refere-se aos casos de direitos personalíssimos carece-se também, ressaltar que o princípio da dignidade humana tem de ser assegurado e salvaguardado. Tendo em vista, que o acolhimento desse princípio irá sustentar todo e qualquer julgamento dentro do Estado Democrático de Direito.

⁵<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/573292-morre-historiadora-emilia-viotti-da-costa-89-estudiosa-do-brasil-colonial>

Da mesma forma, faz-se necessário a reflexão concernente em como o ordenamento jurídico pode auxiliar em casos como os de ex-presidiários que carregam durante toda a vida seu histórico progresso de cumprimento de pena na ficha de antecedentes criminais, e em consequência disso têm seus direitos cerceados suas possibilidades de uma vida melhor, principalmente, no mercado de trabalho, antes mesmo de chegar à uma entrevista de emprego. Esses casos são tratados de forma auto seletiva, de aplicação direta de afastamento, sendo barrados pelo setor de recursos humanos já na fase de entrega de currículo, onde são feitas pesquisas de antecedentes criminais etc. Nesse contexto, seria pertinente a invocação do direito ao esquecimento?

Baseando-se na tese eclética/mista adotada pelo Direito Penal Brasileiro, onde a ressocialização é uma das características integradas, é indispensável à abordagem e discussão desse assunto extremamente complexo e polêmico. Tendo o egresso do sistema penitenciário cumprido sua pena, caberia a ele o direito ao sigilo? O direito de serem esquecidos seus crimes?

No Brasil, a salvaguarda existente é a garantia do sigilo do processo conforme o artigo 202 da lei 7.210 de 1984⁶:

Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

No entanto, sob a ótica de alguns países já existe essa oportunidade, como na França, por exemplo, esse direito é assegurado. Por outro lado os EUA possuem amparado pela sua primeira emenda da Constituição Americana que o que foi feito ou dito não pode-se apagar. Ora, pelos exemplos reluz a multiplicidade desse tema. E justamente por isso, engendram-se relevantes considerações. Diante de toda essa inquietação, há de considerar-se que países em que seu ordenamento jurídico tem como fundamento garantias fundamentais, como o Brasil, a resistência em abordar o pleito é um tanto incoerente, observado que ao cumprir a pena o egresso quitou seus deveres para com o sistema penal. Se o amparo dessa requisição for esteio de direitos como privacidade, intimidade, preservação da imagem e honra como rege o artigo 5º

⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

em seu inciso X.⁷:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Tendo essa base legal seria passível de que se desse o deferimento do processo? Acresce-se aos fatos que a lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014⁸ que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil preservando a proteção de dados pessoais, sendo de intensa importância esse recorte no ordenamento jurídico, visto que a internet é um ambiente vasto e exposto, tornando-se um ambiente perigoso, pois qualquer pessoa poderia acessar esses dados e transmiti-los. Como retrata Viviane Nóbrega Maldonado em sua obra *Direito ao Esquecimento*⁹:

Nesse diapasão, pode-se compreender a hipótese sob essa perspectiva, na medida em que, em termos formais, aquele que cumpre sua pena já nada mais deve à sociedade.

Aliás, entendimento diverso nessa matéria representaria dizer que o criminoso foi apenado com verdadeira sanção perpétua, já que dos fatos não seria possível, em nenhum momento, a dissociação com relação ao nome de seu autor.

Dessa maneira, o egresso estaria, segundo Maldonado, sendo punido por toda sua existência, uma vez que não haveria como deixar de atrelar sua imagem e autoria ao crime, ao processo.

Outrossim, tratando-se do caso de exposição e uso de dados pessoais por empresas para a certificação de idoneidade, ainda que para egressos de presídios ou pessoas comuns, esses dados poderiam tornar-se elementos de divulgações vexatórias, podendo ser desviados e expostos à sociedade. Além de no caso dos ex-presidiários, somar-se o julgamento recorrente através dos seus antecedentes toda

⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁸ BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no Âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Diário Oficial da União: de 18 de nov. 2011, P. 5 (EDIÇÃO EXTRA)

⁹ MALDONADO, Viviane Nóbrega. *Direito ao esquecimento*. Barueri, SP: Novo Século, 2017.

vez que os dados puderem ser acessados e retomar às palavras de Maldonado sobre perpetuidade da pena.

Em contrapartida, as empresas contratantes e a sociedade possuem o receio de trazer ao seu convívio um ex-apanado, existem muitos tabus em relação ao objeto e mais ainda são as controvérsias cabendo amplitude de discussões e buscando-se o menor prejuízo ao cidadão. Isto posto, enseja-se que sob a ótica jurídica e justa seja contemplado para que o egresso do sistema penitenciário não seja a todo o tempo martirizado e punido.

Em contrapartida, sob a alegação de uso indevido da sua imagem e direito ao esquecimento, Cristian Cravinhos recorreu à justiça após a veiculação da série Investigação Criminal. Além das alegações, Cravinhos ainda requereu uma indenização de 50 mil reais pela exposição de fotos dele na série. Agora que já foram vistos alguns casos, analisar-se-á esse caso baseando-se nas construções feitas ao longo dessa dissertação.

Primeiramente, sobre o uso indevido de imagem: não houve, pois apenas foram relatados os fatos ocorridos, o que não fere a dignidade do requerente, uma vez que não foram acrescidas, decrescidas ou valoradas quaisquer informações que não fossem existentes.

Similarmente, devido a tratar-se de um caso de grande repercussão nacional, não justifica-se o pleito de direito ao esquecimento, considerando a relevância dos fatos à sociedade e, principalmente, no que tange a liberdade de expressão. Segundo o relator, desembargador Penna Machado, não vislumbrou qualquer ofensa ou dano à imagem de Cravinhos ou a sua dignidade, capaz de caracterizar o dano moral alegado, "Não há demonstração de ofensas pelas empresas requeridas, capaz de denegrir a imagem do autor, dado o interesse público evidenciado é predominante na espécie", afirmou.

Ainda sobre o requerimento de danos morais, o relator ressaltou que as imagens utilizadas no programa foram recolhidas através de veículos de imprensa que noticiaram o caso na época, portanto, revelando a natureza pública dos fatos. E por último, em relação à ficha criminal e dignidade humana, é extrema a importância dessa discussão pertinente e muito atual, principalmente, nos casos em que o apanado já cumpriu suas obrigações referentes à pena.

No entanto, nesse caso específico, não entende-se descumprimento à dignidade do requerente, visto que o propósito da série é a evidenciar o trabalho policial e o caso “Richthofen”, a partir do qual Cristian Cravinhos e seu irmão ficaram conhecidos, foi de grande repercussão na mídia devido a relevância social das vítimas. Desse modo, a decisão do processo 1035425-67.2020.8.26.0100 julgada improcedente está correta.

Frente a todos esses casos, especialmente, referindo-se à questão da dignidade humana, é nítido que o assunto não possui uma solução exata, e dentre tantas nuances e discrepâncias cada caso deve sim, ser escrutinado sob o amparo constitucional.

Dito isso, a indagação central é, casos com tanta relevância jurídica e social, mesmo que culminem com a exposição insatisfatória dos envolvidos, evidenciam questões que envolvem crimes de violência, abuso, tortura e que ferem a dignidade da pessoa humana de alguma forma, mas acabam trazendo um condutor de reflexão social, são passíveis de serem apagados?

Dessa maneira, apagar tais fatos configurariam extinguir a memória histórica, apagar o interesse público dessas informações, MALDONADO (2017), cita que a pedra de toque da notabilidade desses fatos é que mede atualmente o que é interesse público e o que é apenas curiosidade. Funciona como um termômetro do clamor público diante dos acontecimentos expressivos e brutais que se repetem no seio de nossa sociedade. Isso posto, como já dito pelo ministro Luis Fux, não pode-se deixar o obscurantismo apagar fatos que constituem a memória de um povo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, ficou compreensível com a maioria Eminentes Julgadores da Suprema Corte Federal que ninguém é proprietário de seu passado quando ele torna-se relevante para a história nacional, e embora seja o “direito ao esquecimento” uma matéria ampla, deve ser dosado conforme os encargos, as histórias e os fatos, devem ser retratados de forma fidedignas, descartando-se a propagação de mentiras, sem expor as vítimas.

Ao se publicar ou relembrar acontecimentos passados, deve-se sempre se ater

ao relato puro e simples dos ocorridos, não há lugar para se propagar opiniões, análises ou até mesmo produzir informações que mesmo verdadeiras, são nitidamente tendenciosas.

Não se pode permitir que o passado de alguém seja apagado, principalmente se esse passado tornou-se história de repercussão nacional e às vezes internacional, a isso intitula-se LIBERDADE DE EXPRESSÃO, direito à informação, permissão pública de opinião, se tornando a mais pura forma de liberdade conquistada e devidamente autorizada pelo Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal Cidadã e transferido a quem deve ser constitucionalmente protegido que é o Povo Brasileiro.

Por outro lado, é preciso pontuar a diferença entre relevância jurídica e social de um caso concreto e a mera curiosidade ou oportunismo, pois com advento das redes sociais e com a superexposição das pessoas isso acaba sendo confundido.

Casos como os levantados neste artigo são de repercussão e desfecho social elevado, o que difere-se de, por exemplo, de um vídeo de cunho sexual, postado em uma rede social com a intenção de vexar alguém em uma cidade interiorana, neste caso, crê-se que o direito ao esquecimento poderá ser interpretado de outra forma, por não ser de interesse público, ferir a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a honra. Nestes casos deve-se apreciar o cunho personalista, os fatos são de infinita irrelevância e só atingem o envolvido, tendo repercussões completamente distintas.

Em referência ao conflito entre a dignidade humana e o direito ao esquecimento no âmbito penal fica evidente a necessidade de maiores certames para aprofundar-se a matéria e alcançar um denominador comum, observado que existe a real necessidade de se rever alguns posicionamentos obsoletos no ordenamento jurídico, adequando-se a doutrina e a lei a dinâmica da evolução social real, e mantendo-se a harmonia entre os fatos e as normas jurídicas que os permeiam.

Observa-se que a perpetuação da pena do ex-condenado, que se obriga a responder “ad-*eternum*” por fatos ocorridos e devidamente solvidos tanto com o poder do estado como com a sociedade e ainda, que não são poucos os casos nos quais os ditos condenados são futuramente absolvidos, por erros na persecução penal, de todas as formas, têm um absurdo legal que se impõe diante do cidadão.

Neste ponto, verifica-se que essas discussões acrescentam novas análises dos

ritos jurídicos que precisam ser estudadas com mais profundidade, exploradas e revistas para que não sejam cometidas injustiças, garantindo de fato que os direitos fundamentais estejam em consonância com os novos tempos e suas mutações.

Outro ponto a elencar-se é que atualmente, discute-se muito o papel efetivo do judiciário, de instituições como o STF, e tem-se de considerar que os integrantes daquela Corte, vão garantir a aplicação pura e simples do entendimento jurídico aos fatos sob a luz da Constituição Federal, sem emitir opinião moral sobre os fatos e às partes envolvidas, os Eminentes Julgadores não podem ater-se a questões pessoais, crenças, fanatismos, ali tem-se meros operadores do direito.

Portanto, decisões tomadas no STF podem ter efeitos vinculantes para novos julgados, o que não significa dizer que, casos semelhantes, podem obter o benefício de coisa julgada ou não, aqui não é o bastante ter mera similaridade, tem que haver análise de cerne e congruência de acontecimentos e de interpretação.

Observa-se clamores sociais para que juristas em geral façam o que a sociedade julga pela moralidade como o certo, e inclusive, esses julgamentos por repetidas vezes atentam contra direitos e garantias fundamentais de qualquer cidadão, devido a esse obscurantismo social concernente às leis, e sobre a contínua falta de profissionais qualificados, preparados e aptos a julgar os casos tão específicos, os serviços prestados pelos ordenadores do direito devem sempre ser garantidores de que a norma constitucional será aplicada na sua singularidade.

Dito isso, evidencia-se que a ciência jurídica está em constante processo de discussão, renovação e adequação ao mundo globalizado e suas reestruturações sociais, por isso, o direito compreende as relações humanas como um todo e visa normatizá-las para que a convivência humana seja menos conflitante. Logo, a internet possui uma grande função social de informar, preservar os fatos e não de apagá-los.

Isto posto, atenta-se que as alterações e mudanças são essenciais à sociedade, desde que pensadas e dosadas, sobretudo, no ramo do direito, onde cada caso concreto é único e possui especificações e disparidades que vão levar a novos julgados, novas ideologias e acima de tudo, contribuições ao propósito de justiça social.

Destarte, não deve ser esquecido que um dos pilares constitucionais é a equidade, ou seja, dar tratamento igual para os iguais, e desigual para os desiguais.

Dessa forma, analisar cada caso de direito ao esquecimento configura o cuidado que há de se ter com cada situação e independente da decisão judicial acerca do direito ao esquecimento, não significa que automaticamente o fato será esquecido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10406-10-janeiro-2002-432893-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, 11 de julho de 1984. 163º da Independência e 96º da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02>. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no Âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Diário Oficial da União: de 18 de nov. 2011, P. 5 (EDIÇÃO EXTRA) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Rcl. Nº 0000340-96.2014.3.00.0000 SP 2014/0000340-8. Relator Min. Herman Benjamin. Julgado em 04/02/2021. DJ 04/02/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br>> Acesso em: abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. R.E. Nº 1010606. Relator Min. Dias Toffoli. Julgado em 11/02/2021. DJ Nr. 31 do dia 19/02/2021. Disponível em: <<http://stf.jus.br>> Acesso em: abril de 2021.

CONEXÃO PROFESSOR. Entrevista Emília Viotti da Costa - referência na historiografia brasileira. Arquivado em 20 de abril de 2010, no Wayback Machine. Acesso em: abril de 2021.

CONJUR. Direito de Informação: Cristian Cravinhos não tem direito à indenização por série sobre criminal. <<https://www.conjur.com.br>> Acesso em: abril de 2021.

JUSBRASIL. Direito ao esquecimento: Xuxa versus Google, julgamento no STF <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br>> Acesso em: abril de 2021.



JUSTIFICANDO. Série de Julgamentos Históricos: Aída Curi, o júri que marcou época. <<http://www.justificando.com>> Acesso em: abril de 2021.

ANSELMO, P. ALVAREZ E WLADIMIR N. F. A Constituição dos EUA Anotada. São Paulo: 2ª Ed. 2008.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São. Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. Direito ao esquecimento. Barueri, São Paulo: Novo Século, 2017.

DIREITO, MEDICINA E BELEZA: PARA ONDE CAMINHA A HUMANIDADE?

Beatriz da Silva de Oliveira¹

Cleber Affonso Angeluci²

RESUMO: O Brasil ocupa posição de destaque no cenário mundial acerca das cirurgias plásticas, sendo relevante compreender esse fenômeno a partir da ótica jurídica e dos padrões estéticos que a pós-modernidade estimula, observando as acepções do belo ao longo da história. Para tanto, serviu-se do método dedutivo quanto à abordagem e bibliográfico, em relação ao procedimento. Como hipótese entende-se que as mudanças estéticas possuem grande relevância na inter-relação entre Direito e Medicina, vez que representam pontos de interseções para o estudo. Os estudiosos do Direito devem se atentar ao arcabouço normativo e jurisprudencial destas intervenções com fulcro na tutela da dignidade humana.

PALAVRAS-CHAVE: Beleza; Cirurgias Plásticas; Direito.

ABSTRACT: Brazil stands a prominent position on the world stage regarding plastic surgery, and it is relevant to understand this phenomenon from the legal point of view and from the aesthetic standards that postmodernity stimulates, observing the meanings of beauty throughout history. For this purpose, it used the deductive method as to the approach and bibliographic, in relation to the procedure. As a hypothesis, it is understood that aesthetic changes have great relevance in the interrelationship between Law and Medicine, since they represent points of intersection for the study. Law scholars should pay attention to the normative and jurisprudential framework of these interventions with a focus on the protection of human dignity.

KEYWORDS: Beauty; Law; Plastic Surgery.

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas/MS. Bolsista do Programa de Iniciação Científica CNPq/UFMS, 2020-2021. Integrante do Grupo de Pesquisa Direito Civil Emergente da mesma instituição

² Docente do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas/MS. Doutor em Educação (UFMT). Doutorando em Direito (ITE-CEUB). Mestre em Direito (UNIVEM). Líder do Grupo de Pesquisa Direito Civil Emergente da UFMS

INTRODUÇÃO

A pós-modernidade³ modulou uma série de transformações nos mais diversos âmbitos da vida. Neste sentido, observa-se um rearranjo do significado da beleza marcado pelo desprendimento das amarras da moralidade e religiosidade. Em contrapartida, o fomento do consumismo exacerbado aliado à exposição do indivíduo a uma miríade de mídias sociais conduz à formação de padrões de beleza que corrompem a ideia de que a liberdade constitui o legado da contemporaneidade.

Neste sentido, se busca analisar os aspectos jurídicos que permeiam as cirurgias plásticas, em especial as de caráter estéticas e sua relação com o Direito. Para tanto, importa averiguar, os diferentes significados da beleza no tempo, bem como sua análise na pós-modernidade, que será objeto de estudo do primeiro e segundo capítulo, respectivamente.

As controvérsias surgidas em relação à natureza das obrigações nas cirurgias plásticas, assim como as dúvidas acerca da responsabilidade dos médicos e dos hospitais em caso de erro médico serão objeto de estudo com respaldo na apuração de julgados dos Tribunais de Justiça de São Paulo e de Mato Grosso do Sul e da doutrina, no terceiro capítulo.

Procede-se, dessa forma, que o Brasil consubstanciou o receptáculo dos avanços da indústria da beleza e, conseqüentemente, dos procedimentos cirúrgicos. Sob este enfoque, avulta-se que o empenho em angariar a estética corporal padrão, considerada a rota para a felicidade, nem sempre caracteriza uma trajetória bem sucedida, circunstância determinante para o desenvolvimento de abalos psíquicos e danos materiais nos quais nenhuma indenização é capaz de suprir.

Ademais, espera-se não apenas constatar como o ordenamento jurídico responde às controvérsias que envolvem a mudança estética, mas também compreender como os humanos, caracterizados por serem seres biopsicossociais, reagem aos valores da contemporaneidade. Espera-se, com isso, contribuir com o

³ Objeto de diversas análises realizadas por estudiosos, tais como Zygmunt Bauman e Fredric Jameson, pós-modernidade refere-se, de forma geral, ao advento da globalização, das comunicações eletrônicas, da mobilidade, da flexibilidade, da fluidez, da relativização, dos pequenos relatos, da fragmentação, das rupturas de fronteiras e barreiras, das fusões, do curto prazo, do imediatismo, da descentralização e extraterritorialidade do poder, da imprevisibilidade e do consumo (NICOLACI-DACOSTA, 2004, p.83).

debate acadêmico acerca dos novos valores da sociedade com esteio no ordenamento jurídico pátrio.

1. DIGRESSÃO HISTÓRICA SOBRE A ACEPÇÃO DA BELEZA

A beleza adquiriu diferentes significados ao longo da história, sendo relevante observar suas transformações a fim de compreender a atualidade. Na Grécia antiga, por exemplo, faltava-lhes “uma estética propriamente dita e uma teoria da beleza” contribuindo com que o belo sempre estivesse associado a determinadas qualidades, como a justiça (ECO, 2004, p. 37). Em contrapartida, no séc. VI a.C, baseados nos ensinamentos do filósofo Pitágoras, os artistas concebiam da beleza a justa proporção e, por conseguinte, as donzelas eram retratadas com a perfeita simetria dos olhos, seios, tranças e demais partes do corpo (ECO, 2004, p. 73).

Ao avançar na história, observa-se que a Idade Média, embora marcada por forte moralismo decorrente da Igreja, conduz as damas ao encanto em relação aos cavaleiros que “gozam de sua graça” (ECO, 2004, p. 154). Tal característica evidencia um sensualismo diverso da banalização dos prazeres da carne neste período (ECO, 2004, p. 158). Importante notar também, a beleza no Renascimento, tendo em vista a quebra de paradigmas da época e o caráter eloquente que se concede à estética.

À vista disso, “a força do olhar, associada à mulher, converteu-se em uma das características que definiam a beleza física no qual evidenciou que uma mudança cultural foi gerada”, sendo possível afirmar que os papéis sociais conferiam a beleza às mulheres e, aos homens, a força (GEORGES, 2005, p. 215). Ressalta-se, contudo, que esta transição para a Idade Moderna configurou essencial para as mulheres nas quais não apenas ditam a moda, mas também fomentam suas aptidões “discursivas, filosóficas e polêmicas” (ECO, 2004, p. 196).

O advento do Iluminismo (séc. XVII e XVIII), desqualificou a ideia de inferioridade da mulher a fim de realçar suas funções, qual seja, ser mãe. Percebe-se, portanto, a liberdade de movimento do corpo através de espartilhos menos rígidos (GEORGES, 2005, p. 217). O século XIX, por sua vez, foi marcado pela ênfase às cores, por meio das maquiagens. Importa salientar que este período obteve grande influência das ciências que renovaram as precisões anatômicas (GEORGES, 2005, p.

218).

Por fim, o século XX impulsionou o mercado de consumo, sobretudo aquele voltado para a beleza, no qual propiciou novas investigações do corpo que culminaram em procedimentos que prometiam, dentre outras coisas, a eliminação das rugas. Corrobora com isso o estabelecimento da publicidade cujo propósito era cultivar a beleza propagada por manequins que expressam a leveza e a juventude (GEORGES, 2005, p. 219).

Com tal recorte histórico, é possível observar que o corpo expressa o imaginário, as crenças, os símbolos e os fenômenos sociais e culturais de uma sociedade (BRETON, 2007, p.7). Assim, ao empregar um olhar jurídico ao contexto atual constata-se que a Constituição e o Código Civil, estabelecem um arcabouço de direitos nos quais apresentam o Estado como guardião da segurança dos indivíduos, instituindo limites acerca da disposição do próprio corpo. Sabe-se, por oportuno, que os direitos fundamentais, com ênfase na vida e na liberdade, não são absolutos e que são submetidos a determinados limites (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 390), embora ao se interpretar possível conflito entre direitos fundamentais, deve pautar como guia a primazia da dignidade humana.

Nesse contexto não se pode olvidar o exame da autonomia da pessoa humana, compreendendo que os direitos humanos em sintonia com os direitos da personalidade, possuem origem após as grandes guerras, em especial, a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) na qual a construção de campos de concentração e as experiências eugênicas perpetradas pelos alemães nazistas, apresentando como principal alvo os judeus, consubstanciou um dos maiores atentados da história à dignidade humana, contexto que proporcionou que a tutela voltada à pessoa fosse esculpida nos anos subsequentes (TEIXEIRA, 2018, p.84).

Desse modo, a Liberdade ligada a situações jurídicas existenciais recebeu tutela jurídica positiva no ordenamento jurídico brasileiro de forma mais ampla somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (TEIXEIRA, 2018, p. 82), que elencou uma série de direitos que pois configuram o arcabouço da autonomia privada. Assim,

Autonomia, como vimos, consiste no autogoverno, em manifestação da subjetividade, em elaborar as leis que guiarão a sua vida e que coexistirão

com as normas externas ditadas pelo Estado. Significa o reconhecimento da livre decisão individual, racional e não coagida, sobre seus próprios interesses sempre que não afete terceiros (TEIXEIRA, 2018, p. 95).

Assim, as transformações estéticas ensejam, até certa medida, a concretização do direito fundamental à liberdade que promove a autonomia. No entanto, esta particularidade não é óbice a limitações para mudanças incondicionais que firmam a personalidade da pessoa, portanto, mudanças estéticas no corpo, que alcançam proporções cada vez maiores na contemporaneidade, podem sofrer limitações diante da proteção à integridade física. Dessa maneira, a disposição do corpo irrestrita é proibida à luz do “caput” do art. 13, Código Civil⁴.

A parte final do dispositivo em comento é de salutar importância quando faz menção à contrariedade dos “bons costumes”. Em um mundo global, onde os valores se reinventam e são objetos de críticas e dúvidas, torna-se evidente que a expressão ora em exame necessita ao menos de uma revisão a fim de se indagar o seu embasamento hodiernamente. Logo, observa-se a dificuldade interpretativa ao analisar se a norma enaltece a dignidade ou se configura uma limitação à liberdade.

Em consequência deste cenário sinalizado pelos avanços das pesquisas e técnicas científicas, é relevante que o Direito esteja em consonância com estas novas práticas; a atenção ao princípio norteador da dignidade humana deve se sobressair em todos os sentidos, tendo em vista que o ordenamento jurídico não se encontra totalmente em sintonia com as novas tecnologias que, a cada momento, se renovam.

2. APONTAMENTOS DA RELAÇÃO DO INDIVÍDUO COM O CORPO NA PÓS-MODERNIDADE

As conjecturas apresentadas no capítulo supra proporcionam a análise de que a relação entre o indivíduo e seu corpo, na atualidade, dialoga com o desenvolvimento das tecnologias médicas, que são fundamentais para a formação de debates sobre estes temas. Logo, as novas ferramentas da medicina moldam novos caminhos e reconstróem a qualidade, a expectativa, assim como o ideal da vida humana, desse

⁴ Expressamente dispõe o referido dispositivo que “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.”

modo, “o desenvolvimento da cientificação da medicina moderna, encontra-se fortemente alicerçado nas cada vez mais amplas capacidades tecnológicas de domínio, interferência, apropriação e modificação radical da vida humana” (RAPOSO, 2009, p. 1).

O avanço da biotecnologia, por exemplo, abarca um arsenal de transformações essenciais para o fomento de indagações sobre a própria natureza humana. Tal cenário é marcado pelo advento do ‘transumanismo’, pelo qual seus adeptos pensam acerca da condição pós-humana, isto é, buscam analisar a vida fruto da ciência, da tecnologia e da razão, suscitando debates a respeito do prolongamento da vida e da superação das limitações humanas (YOUNG, 2006, p. 32). Neste sentido, oportuno apontar que esta crença não configura repentina ou súbita, pois:

Aliás, os transumanistas têm bons motivos para ressaltar que, já há anos, essa mudança de perspectiva estava ocorrendo sem que percebêssemos ou que refletíssemos verdadeiramente sobre ela. A cirurgia estética, por exemplo, desenvolveu-se ao longo do último século, não com a finalidade de curar, mas sim de melhorar, neste caso de ‘embelezar’ o corpo humano. Porque, tanto quanto se sabe, a feiura não é uma doença, e um físico desgracioso, não importa a definição que se dê, não é em absoluto uma patologia (embora, às vezes, possa resultar disso). O mesmo vale para o Viagra e outras drogas ‘fortificantes’, que almejam também, sem trocadilho barato, proporcionar algum ‘aumento’ do organismo humano (FERRY, 2018, p. XXXI).

As cirurgias plásticas, em especial as estéticas, não se encontram apartadas desta realidade. Fundamental, diante disso, apreender que a palavra ‘transformar’ desata em uma série de perspectivas e, por este motivo, não está confinada puramente a mudanças genéticas. A ideia de genótipo deve ser compreendida em seu sentido mais amplo, dado que a composição genética de um indivíduo, ou melhor, o grupo de genes que moldam o desenvolvimento humano, não se desvincula da sua expressão externa, o fenótipo. Assim,

[...] O fenótipo corresponde às características aparentes de um organismo em um determinado momento do desenvolvimento, fruto das interações entre herança genotípica, aspectos aleatórios do desenvolvimento, herança ambiental, aspectos aleatórios do ambiente e ação do organismo sobre seu meio. (JUSTINA; MEGLHIORATTI; CALDEIRA; 2012, p. 70)

Considerar o organismo como ente passivo na relação genótipo e fenótipo pressupõe que este é apenas um meio de expressão do genótipo em interação com o ambiente. É uma limitação do pensamento que leva a acreditar no mito do inevitável, do determinismo genético e/ou reducionismo

ambiental. (JUSTINA; MEGLHIORATTI; CALDEIRA; 2012, p. 75)

Dessa maneira, transformar um indivíduo pode exprimir o emprego de técnicas nas quais alteram o genótipo, como também a prática de métodos que irão mudar como aquele ser vivo é visto pelo ambiente. O ponto chave desta explicação é entender que as cirurgias plásticas, embora não afetem os genes da pessoa, são imprescindíveis na expressão e construção do seu fenótipo e, portanto, não devem receber menos importância.

Sendo assim, o recorte histórico apresentado indica que a aceção da beleza difere nos diversos contextos. Ademais, o papel da mulher como cerne da contemplação do belo consta primordial para analisar sua notável participação, em meio à contemporaneidade, nas cirurgias plásticas. Nesta linha, um levantamento de 2018, realizado pela Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP) aponta que 70% das cirurgias plásticas são femininas, embora os homens estejam ampliando a participação nas intervenções (BERSAN, 2019).

Avulta-se, portanto, a conjugação da beleza com os anseios e os valores de cada período, angariando como ponto essencial a imposição, desde preceitos religiosos aos princípios que norteiam a sociedade do consumo. Em vista disso, a pós-modernidade, não obstante, imersa em discursos que enaltecem a liberdade, cria um padrão de beleza veiculado nos meios de comunicação no qual o empenho para alcançá-lo leva, muitas vezes, a grandes frustrações.

Estas considerações tecem um diagnóstico do mundo contemporâneo, pelo qual, à luz dos ensinamentos de Zygmunt Bauman, resta evidente que “os membros da sociedade de consumidores são eles próprios mercadorias de consumo, e é a qualidade de ser uma mercadoria de consumo que os torna membros autênticos dessa sociedade” (BAUMAN, 2008, p.76). A par disso, o exacerbado consumismo é apresentado como o indício do sucesso e, ainda, “a condição necessária para a felicidade, talvez até para a dignidade humana” (BAUMAN, 1998, p. 55 e 56).

A publicidade de produtos e serviços estéticos está presente na maioria das redes de comunicação e depoimentos relacionados à satisfação pessoal, à qualidade de se sentir mais completo e ao fortalecimento da autoestima e da confiança. Estas alegações influenciam na convicção de que mudar a aparência significa resolver todos os problemas da vida.

Diz respeito ao caráter publicizado que caracterizaria certas formas de aprimoramento de si baseadas em biotecnologias. Não apenas tem se tornado cada vez mais comum a exposição das próprias transformações corporais, que há algumas décadas pareciam ser apresentadas com mais discrição, quanto tem sido frequente a divulgação de narrativas em livros, revistas, sítios na internet ou entrevistas na televisão. Expressões como “realização pessoal”, “o sonho da minha vida”, “o encontro da minha feminilidade”, “finalmente me senti uma mulher completa” são frequentemente acionadas para ilustrar a razão da procura pelo uso de hormônios ou intervenções estéticas por mulheres, por exemplo (ROHDEN, 2017, p. 32).

As intervenções estéticas já caracterizam objeto de estudo da saúde coletiva, que partedo pressuposto que a saúde consta um fenômeno social, de interesse coletivo, cuja finalidade recai na promoção da cidadania (LEAL *et al.*, 2010, p. 81).

Nesta perspectiva, a necessidade de estar em conformidade com o compartilhado nos meios de comunicação leva à percepção de que a beleza difundida deve ser alcançada a todo custo para que os ideais de satisfação, prazer e bem-estar sejam materializados.

3. AS CIRURGIAS PLÁSTICAS ESTÉTICAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Segundo o banco de pesquisas da Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (SBCP), em 2009 foram realizados 459.170 (SBCP, 2009, p. 20) procedimentos estéticos no Brasil. Ao analisar o censo de 2018, vê-se um crescimento de 591.775 em relação ao primeiro, totalizando 1.050.945 (SBCP, 2018, p. 20) intervenções. Ainda, de acordo com a Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica Estética (ISAPS), o Brasil figura o segundo país que mais realiza procedimentos estéticos (2.267.405 apenas em 2018), perdendo apenas para os Estados Unidos. Dessa forma, é imprescindível analisar os detalhes que permeiam as cirurgias plásticas estéticas, assim como o erro médico, a fim de adentrar os aspectos jurídicos do tema. Cabe a menção à diferença entre cirurgião plástico e cirurgião estético, pois de acordo com a SBCP, o primeiro consta um especialista na área, na qual a sua formação se dá em pelo menos 12 anos (6 anos de graduação em medicina; 3 anos de residência em cirurgia geral; 3 anos de residência em cirurgia plástica), sendo apto a ingressar no

órgão (SBCP, 2018).⁵

O segundo pode ter qualificação em qualquer outra área, oferecendo-se a realizar cirurgias plásticas (SBCP, 2014), sendo que a Associação Médica Brasileira (AMB) e o Conselho Federal de Medicina (CFM) não reconhecem a atuação destes profissionais, pois os riscos de uma intervenção aumentam em demasia, tendo em vista a falta de habilitação do profissional (SBCP, 2014).

Infere-se que a obrigação decorrente do vínculo entre o médico e o paciente é de resultado, pois o objetivo do último é melhorar a aparência e não corrigir alguma deformidade, fazendo com que o resultado pretendido deva ser alcançado. Em que pese estas razões, prementese faz notar em cada caso o estado da arte, no que concerne ao avanço científico da medicina, considerando que um amparo de técnicas e procedimentos mais desenvolvidos influem nos resultados almejados.

O objetivo do paciente é melhorar a aparência, corrigir alguma imperfeição física - afinar o nariz, eliminar as rugas do rosto etc. Nesses casos, não há dúvida, o médico assume obrigação de resultado, pois se compromete a proporcionar ao paciente o resultado pretendido. Se esse resultado não for possível, deve desde logo alertá-lo e se negar a realizar a cirurgia. O ponto nodal, conforme já salientado (item 113.8), será o que foi informado ao paciente quanto ao resultado esperável. Se o paciente só foi informado dos resultados positivos que poderiam ser obtidos, sem ser advertido dos possíveis efeitos negativos (riscos inerentes), eis aí a violação do dever de informar, suficiente para respaldar a responsabilidade médica (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 422).

Com isso o dever de informar é imprescindível, uma vez que o paciente deve ter ciência das possíveis intercorrências e efeitos negativos advindos dos procedimentos. Para obter o consentimento, é preciso formular um documento cujo conteúdo seja passível de compreensão para que a autonomia do paciente seja respeitada em face do conhecimento técnico do profissional. Ainda, frisa-se ser necessário buscar a anuência livre e esclarecida da pessoa e não apenas uma assinatura para ser utilizada como prova em um eventual litígio no futuro. De acordo com Genival Veloso de França,

⁵ Para maior segurança, é possível encontrar todos os cirurgiões plásticos qualificados no site da SBCP: <http://www2.cirurgioplastica.org.br/encontre-um-cirurgiao/>.

(...) exige-se não só o consentimento puro e simples, mas o consentimento esclarecido. Entende-se como tal o consentimento obtido de um indivíduo capaz civilmente e apto para entender e considerar razoavelmente uma proposta ou uma consulta, isenta de coação, influência ou indução. Não pode ser colhido através de uma simples assinatura ou de leitura apressada em textos minúsculos de formulários a caminho das salas de operação. Mas por meio de linguagem acessível ao seu nível de conhecimento e compreensão (princípio da informação adequada) (FRANÇA, 2014, p. 33).

Incorre em responsabilidade, com o encargo de indenizar o paciente, o médico que elaborar o Termo de Consentimento Informado utilizando-se de termos genéricos nos quais não esclarece as particularidades da intervenção estética, conforme decidiu o TJSP⁶, cabendo ao paciente manter conduta condizente com as recomendações do médico, antes e após a operação. Sabe-se, por exemplo, que fumantes possuem uma tendência maior à necrose de tecidos, uma vez que interferem no processo cicatricial.

Caso cientificado que o fumo consta prejudicial para a cirurgia plástica e que seu uso deve ser interrompido durante determinado prazo a fim de proceder com os procedimentos, o paciente não pode alegar erro médico por problemas advindos da sua inobservância ao continuar fumando, conforme decisão do mesmo Tribunal de Justiça⁷.

⁶ Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO Erro médico Cirurgia plástica estética Obrigação de resultado Nexo causal entre a cirurgia e a cicatriz apresentada pelo paciente Réis que não se desincumbiram do ônus de demonstrar a razão do resultado parcialmente insatisfatório da cirurgia Laudo pericial que atesta a ausência de simetria entre as cicatrizes e questiona o acerto da própria técnica escolhida pela médica à vista das circunstâncias do caso concreto Termo de consentimento do paciente elaborado em termos genéricos que não satisfaz os deveres de informação e de esclarecimento sobre as peculiaridades e a técnica eleita naquela cirurgia específica - Resultado parcialmente insatisfatório Dever de indenizar o paciente - Redução dos danos materiais, que não podem abranger a totalidade dos valores pagos pelo paciente, uma vez que o resultado foi parcialmente alcançado Termo inicial dos juros moratórios corretamente fixado a partir da citação, pois se trata de ilícito contratual Ação procedente Recurso das corrés provido em parte.” (TJSP- Apelação Cível nº 1092110- 70.2015.8.26.0100, Relator: Francisco Loureiro, 1ª CÂMARA CÍVEL, j. 31/10/2017).

⁷ Com efeito, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. MAMOPLASTIA E ABDOMINOPLASTIA. Pretensão à indenização por danos morais, decorrentes do sofrimento, físico e moral, oriundos do resultado de sua cicatriz abdominal, devido à necrose que acometeu a região; além do pagamento dos danos materiais consistentes no pagamento do necessário à reparação da lesão cicatricial resultante do procedimento cirúrgico. Inocorrência de omissão ou erro médico. Improcedência mantida. Em sendo a cicatriz hipertrófica intercorrência possível em cirurgias plásticas, com maior dose de razão, cicatrizes com maior extensão são esperadas em hipóteses de necrose em tabagistas que, contrariamente à recomendação médica, mantiveram o uso do cigarro. Advertência médica confessadamente não atendida pela paciente. Observadas a adequação das técnicas adotadas no procedimento cirúrgico realizado, bem como a diligência médica pós-cirúrgica. Inocorrência de omissão. Paciente cientificada quanto aos riscos da cirurgia. Embora o cirurgião assumira obrigação de resultado, não pode ser responsabilizado por eventual intercorrência da qual deu ciência à paciente. Não verificado nexos de

Salienta-se que há grande celeuma em torno da responsabilidade dos médicos na cirurgia plástica estética. Impõe-se ressaltar o Código de Ética Médica que, no capítulo III (Responsabilidade Profissional), art. 1º dispõe ser vedado ao médico “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. Logo, respeitar o Código de Ética Médica é essencial para promover uma conduta adequada em face do paciente. Depreende-se, nesta conjuntura, que atos imputados ao médico podem ensejar consequências no âmbito civil, penal e administrativo, cingindo-se o estudo apenas à responsabilidade civil.

A medicina, área do conhecimento cujo corpo humano constitui objeto de estudo, se vincula a riscos inerentes à natureza humana, tendo em vista que a reação de cada organismo pode ser distinta para o mesmo tratamento ou cirurgia. Assim sendo, para Rui Stoco “se o insucesso parcial ou total da intervenção ocorrer em razão de peculiar característica inerente ao próprio paciente e se essa circunstância não for possível de ser detectada antes da operação, estar-se-á diante de verdadeira escusa da responsabilidade” (*apud* GONÇALVES, 2020, p. 173), conseqüentemente, o médico não se responsabiliza caso comprove que a lesão decorreu de culpa dos pacientes ou surgiu de fator imprevisível.

Compreende-se, à luz do art. 14, § 4º do CDC⁸, que a responsabilidade dos profissionais liberais deve ser verificada com a apuração da culpa, sendo assim, pode ser vislumbrada responsabilidade subjetiva dos médicos, havendo a necessidade de se provar a conduta culposa e o nexo de causalidade entre ela e o dano, conforme várias decisões proferidas por tribunais de justiça⁹.

causalidade entre a extensão da lesão e inadequação da técnica adotada pela cirurgiã. Necrose apresentada pela paciente constante do rol de possíveis sequelas apresentadas por tabagistas. Dever de informação cumprido pela médica. Recurso não provido.” (TJSP- Apelação nº 0105003-57.2008.8.26.0100, Relator: Carlos Alberto Garbi, 1ª CÂMARA CÍVEL, j. 19/09/2017).

⁸ “Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”

⁹ Decidiu o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul: “Ação de indenização por danos morais, estéticos e material – Cirurgia plástica – Rinoplastia – Inversão do ônus da prova – Devida – Realização de perícia nos autos – Responsabilidade médica – Obrigação de resultado – Fatores externos a atuação do profissional – Nexo causal afastado – Recurso conhecido e provido em parte. Conforme a doutrina e a jurisprudência, a cirurgia plástica estética é obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é justamente melhorar sua aparência, comprometendo-se o cirurgião a proporcionar-lhe o resultado pretendido. Em se tratando de procedimento cirúrgico estético, é curial que na obrigação de resultado a responsabilidade do médico remanesce subjetiva, cabendo-lhe, todavia, comprovar que os danos suportados pelo paciente advieram de fatores externos e alheios a sua atuação profissional, pois assim

Ressalta-se que, em virtude da obrigação de resultado, nas cirurgias plásticas estéticas há a inversão do ônus da prova, uma vez que caberá ao médico provar que sua conduta foi adequada com a literatura médica.

Por outro lado, a responsabilidade civil da pessoa jurídica com a qual o médico possui vínculo caracteriza-se objetiva, aplicando-se a regra geral do art. 14 do CDC, que indica que os fornecedores de serviços, como os hospitais, respondem pelos defeitos advindos da atividade que causam danos morais ou materiais ao consumidor, consubstanciando o chamado fato do serviço (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 426).

No entanto, se a responsabilidade do hospital advier de atuação técnico-profissional em detrimento do fato do serviço vê-se essencial a apuração de culpa dos prepostos. Neste âmbito, vale discorrer que a inexistência de relação entre o médico e o hospital, quando o primeiro apenas utiliza as acomodações do segundo para realizar consultas ou cirurgias, exclui a responsabilidade do hospital em caso de danos produzidos pelo profissional (GONÇALVES, 2020, p. 173).

Assim, o vocábulo dano pretende manifestar um agravo ou prejuízo ao físico ou à moral dos indivíduos¹⁰. Por conseguinte, entende-se como dano material aquele que atinge a esfera das “relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente”, ou seja, os “bens integrantes do patrimônio da vítima” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 88). O dano moral, em contrapartida, em seu sentido estrito, caracteriza-se pela “violação do direito à dignidade” à luz da guarida formulada pela Carta Magna à pessoa humana (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 99).

Nessa perspectiva, o dano moral não está necessariamente vinculado a alguma reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem dor; vexame, sofrimento, assim como pode haver dor; vexame

sendo demonstrado, afasta-se o dever de indenizar na medida em que se elimina o nexo causal entre o pretense prejuízo e o serviço desempenhado pelo médico.” (TJMS- Apelação - Nº 0045791-38.2007.8.12.0001 - Campo Grande, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, 2ª CÂMARA CÍVEL, j. 28/04/2015).

¹⁰ Veja a exemplo a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Responsabilidade civil – Ação de indenização de danos materiais, morais e estéticos – Alegação de erro médico – Cirurgia plástica (“Abdominoplastia” e “Lipoescultura”) – Deficiência na cicatrização decorrente da retirada inadvertida de tecido gorduroso e de pele em excesso e aumento de tração na área de sutura – Inadequação técnica na realização do procedimento - Sequelas de natureza grave e de difícil reversão – Procedimento de finalidade exclusivamente estética, a caracterizar a obrigação do médico como obrigação de resultado – Ausência de prova de ocorrência de caso fortuito ou culpa exclusiva da autora – Danos materiais, morais e estéticos bem caracterizados – Indenização por danos morais, porém, fixada sem a devida moderação – Redução determinada – Recurso do réu parcialmente provido” (TJSP- Apelação Cível nº 0194070-62.2010.8.26.0100, Relator: Augusto Rezende, 1ª CÂMARA CÍVEL, j. 04/10/2016)

e sofrimento sem violação da dignidade. Dor; vexame, sofrimento e humilhação podem ser consequências, e não causas. Assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica davítima só pode ser considerada dano moral quando tiver por causa uma agressão à sua dignidade (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 99).

Ainda, há o que se falar do sentido amplo do dano moral, que dialoga com os direitos da personalidade, tais como “a imagem, o bom nome, a reputação, sentimentos, relações afetivas, aspirações, hábitos, gostos, convicções políticas, religiosas, filosóficas, direitos autorais” (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 101), portanto, com o advento da Constituição Federal, essa lesão se situa não apenas na ideia de dor e humilhação, porém circunscreve todos os valores elementares da pessoa humana.

Portanto, o dano moral deve ser fixado em acordo com a prudência, tendo em vista que a vingança não consta do objetivo de aferição, nem tampouco o enriquecimento sem causa, vedado pelo Código Civil no disposto do art. 884¹¹, mas deve servir para sanar a vítima da lesão sofrida¹².

Não se pode olvidar, ademais, o dano estético que representa objeto de várias discussões acerca das suas disparidades e semelhanças com o dano moral, qualificando-se como uma alteração na aparência do indivíduo, causando contrariedade e descontentamento (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 124). Dessa forma, como visto anteriormente, essa lesão não se confunde com o sofrimento mental e à dignidade da vítima, sendo plenamente possível que o dano moral e estético possa ser cumulado, segundo a Súmula nº 387 do STJ¹³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹¹ “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

¹² Decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Em nosso direito não se aplica com exclusividade a Teoria do Desestímulo, como estabelecido no sistema norte-americano, mas sim o sistema misto, entre o desestímulo e a compensação, objetivando-se a imposição de uma sanção ao causador do evento danoso, de sorte que não fique impune pela vulneração causada a interesses extrapatrimoniais de outrem e, ao mesmo tempo, uma compensação ao lesado com o intuito de suavizar a ofensa sofrida. O valor da indenização como sabido, deve ser fixado com equidade e moderação, não podendo ser tão baixo a ponto de fazer com que o ofensor deixe de perceber a reação do ordenamento jurídico à lesão praticada, nem tão elevado a ponto de servir como fonte de enriquecimento sem causa por parte do lesado.” (TJSP, Apelação Cível Nº: 0138489-91.2012.8.26.0100, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator: James Siano, Julgado em: 26/02/2016).

¹³ Súmula 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.”

Com o intuito de analisar o tratamento das cirurgias plásticas no ordenamento jurídicopátrio e sua importância na contemporaneidade, foi possível observar que o destaque do Brasil na realização de procedimentos estéticos reclama por uma atenção maior nas controvérsias que chegam aos tribunais. Mais que se sentir bem, a busca incessante do padrão de beleza veiculadas nas redes de comunicação angaria um novo significado, isto é, ser belo traz a ideia de aceitação, felicidade e autorrealização. Por este motivo, este fenômeno já é objeto de estudo da saúde coletiva, conforme examinado na pesquisa.

Sendo assim, ao observar os julgados do TJSP e do TJMS, ficou evidente que seguir os ditames do Código de Ética Médica se faz essencial para a atuação do cirurgião plástico, devendo informar o paciente das possíveis intercorrências e até que ponto o resultado pretendido pode ser alcançado, nas cirurgias estéticas, considerando as particularidades de cada organismo.

Além disso, o paciente também deve seguir as recomendações para o pré e pós-operatório para evitar danos futuros.

A pós-modernidade descortina novos contornos da beleza e seu significado para a sociedade como grupo e para o ser humano como indivíduo, desse modo, o Direito deve estar atento ao aprimoramento das técnicas para a transformação do corpo, pois se não feitas segundo a literatura médica e a melhor técnica, as consequências serão nefastas.

Deve-se indagar até que ponto o excesso de exposição e os padrões de beleza da contemporaneidade e a ânsia por eles não influenciam para prejuízos à própria saúde individual e coletiva. Esse é um debate a ser travado.

REFERÊNCIAS:

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo**. (Tradução de Carlos Alberto Medeiros). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. (Tradução de Cláudia Martinelli Gama). Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 jan. 2021.

BERSAN, Pedro Nery. **O Brasil está em 2º lugar no ranking mundial de cirurgias plásticas, atrás dos Estados Unidos** Disponível em:<
<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2019/12/06/cirurgia-plastica-responsavel/>>
Acesso em: 26 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional [1990]. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em: 01 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (4 turma). **Recurso Especial Nº: 258.389 – SP**. Civil. Indenização. Morte. Culpa. Médicos. Afastamento. Condenação. Hospital. Responsabilidade. Objetiva. Impossibilidade. Recorrente: Hospital Maternidade Jundai s/a. Recorrido: Clóvis Reis de Bastos e Cônjuge Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Disponível em:<
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=REsp+258.389&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>
> Acesso em: 02 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387**. É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral. Segunda seção, j. 26/08/2009. Disponível em:<
<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=DANO+EST%27ETICO&tipo=sumula+ou+su&b=SUNT>> Acesso em: 03 fev. 2021.

BRETON, Le David. **A sociologia do corpo**. (Tradução de Sonia M. S. Fuhrmann). Editora Vozes/ Petrópolis, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CENSO 2009. **Cirurgia Plástica no Brasil**. [s.l.]: SBCP, 2009. Disponível em:<
<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/pesquisas/>> Acesso em: 22 jan. 2021.

CENSO 2018. **Análise comparativa das pesquisas 2014, 2016 e 2018**. [s.1]: SBCP, 2018. Disponível em:< <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/pesquisas/>> Acesso em: 22 jan. 2021.

Cirurgião Plástico X Cirurgião Estético: Qual a diferença? **Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica**. [s.1]: SBCP, 2014. Disponível em:<
<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/2014/08/07/cirurgiao-plastico-x-cirurgiao-estetico-qual-a-diferenca/>> Acesso em: 10 fev. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 2.217/2018. Disponível em:<
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>> Acesso em:

02 fev. 2021.

ECO, Umberto. **História da Beleza**. (Tradução de Eliana Aguiar). Rio de Janeiro: Record, 2004.

EDUCALINGO. **State of the art [on-line]**. Disponível em:<
<https://educalingo.com/pt/dic-en/state-of-the-art>> Acesso em: 04 fev. 2021.

Encontre um Cirurgião. **Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica**. Disponível em:<
<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/encontre-um-cirurgiao/>> Acesso em: 10 fev. 2021.

FERRY, Luc. **A revolução transumanista**. (Tradução de Éric R. R. Heneault). Barueri/SP: Manole, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: responsabilidade civil - direito de família - direito das sucessões esquematizado**, v.3, 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ISAPS 2018. **ISAPS International Survey on Aesthetic/Cosmetic: Procedures Performed in 2018**. [s.1.]: ISAPS, 2018. Disponível em:<
<https://www.isaps.org/medical-professionals/isaps-global-statistics/>> Acesso em: 26 jan. 2021.

JUSTINA, Lourdes Aparecida D.; MEGLHIORATTI, Fernanda A.; CALDEIRA, Ana Maria de A. A (re)construção de conceitos biológicos na formação inicial de professores e proposição de um modelo explicativo para a relação genótipo e fenótipo. **Revista Ensaio**, Belo Horizonte, v.14, n. 03, p. 65-84. Set-dez, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso. **Direito Médico**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEAL, Virginia Costa Lima Verde et al . O corpo, a cirurgia estética e a Saúde Coletiva: um estudo de caso. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro , v. 15, n. 1, p. 77-86, Jan. 2010 . Available from

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000100013&lng=en&nrm=iso>. access on 21 Jan. 2021.

MARCE, Rogelio Jiménez. **Historia de la belleza. El cuerpo y el arte de embellecer desde el Renacimiento hasta nuestros días**. Disponível em:<
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/signos-historicos/article/view/21949>> Acesos em 20 de abril. 2020. Resenha de: GEORGES, Vignarello. Historia de la belleza. El cuerpo y el arte de embellecer desde el Renacimiento hasta nuestros días. Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2005

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul (2. Câmara Cível). **Apelação - Nº 0045791-38.2007.8.12.0001**. Apelante(s): Israel Ribeiro Rosa. Apelado(s): Mara Martins de Barros. Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues. Julgado em: 28/04/2015. Disponível em:<
<https://esaj.tjms.jus.br/cjsjg/resultadoCompleta.do?jsessionid=231290B95DDABB06A>

B7E68733609D6C2.cjsg2> Acesso em: 02 fev. 2021.

NICOLACI-DA-COSTA, Ana Maria. A passagem interna da modernidade para a pós-modernidade. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília, v. 24, n. 1, p. 82-93, Mar. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932004000100010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2021.

Quanto tempo leva a formação de um cirurgião plástico? Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. [s.1]: SBCP, 2018. Disponível em:<<http://www2.cirurgiaplastica.org.br/blog/2018/01/16/quanto-tempo-leva-a-formacao-de-um-cirurgiao-plastico/>> Acesso em: 10 fev. 2021.

RAPOSO H, Areosa J. As novas tecnologias médicas e a reconfiguração da saúde: entre riscos e incertezas. *In: X Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais - Sociedades desiguais e paradigmas em confronto*, Universidade do Minho, 4-7 de Fevereiro de 2009. Comunicação oral.

ROHDEN, Fabíola. Vida saudável versus vida aprimorada: tecnologias biomédicas, processos de subjetivação e aprimoramento. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, ano 23, n. 47, p.29-60, jan./abr. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. (1. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 1092110-70.2015.8.26.0100**. Apelante(s): Débora Cristian Carvalho Galvão e dra. Débora Galvão Cirurgia Plástica Ltda. Apelado(s): Marcio Lucas Gimenez Mazza. Relator: Francisco Loureiro. Julgado em: 31/10/2017. Disponível em:<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 1 jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. (1. Câmara Cível). **Apelação nº 0105003- 57.2008.8.26.0100**. Apelante(s): Vilma Dores de Oliveira. Apelado(s): Fernanda Ferreira Bordie Winner Life serviços de estética Ltda. Relator: Carlos Alberto Garbi. Julgado em: 19/09/2017. Disponível em:<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 01 jan. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. (1. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 0194070-62.2010.8.26.0100**. Apelante(s): Marcelo Furlan Apelado(s): Cíntia Cristina Hormigo Bigas. Relator: Augusto Rezende. Julgado em: 04/10/2016. Disponível em:<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=7D203A0C3D421399928C407C88E3D124.cjsg2>> Acesso em: 03 fev. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. (5. Câmara Cível). **Apelação Cível nº: 0138489-91.2012.8.26.0100**. Apelante(s): Fernanda Medeiros Caires/Cássio Luiz Miura. Apelado(s): Fernanda Medeiros Caires/Cássio Luiz Miura. Relator: James Siano. Julgado em: 26/02/2016. Disponível em:<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>> Acesso em: 03 fev. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019.



TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia Existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**: Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018.

YOUNG, Simon. **Designer evolution: a transhumanist manifesto**. New York: Prometheus Books, 2006.

O PROTAGONISMO DA MULHER NO DIREITO DE FAMÍLIA

Júlia da Silva Rodrigues Benitez¹

Cleber Affonso Angeluci²

RESUMO: O estudo aborda a trajetória da mulher, a partir do histórico da legislação e seu papel na família, objetivando observar a possibilidade de emancipação social na contemporaneidade. Trata-se de pesquisa relevante por apresentar como problema central se houve conquistas que permitam afirmar que a mulher exerce verdadeiro protagonismo na família e, em igualdade de condições, com o homem. Utiliza-se o método dedutivo como percurso investigativo, traçado a partir de instrumentos bibliográficos e documentais, concluindo que, embora tenha ocorrido avanços, há necessidade de luta diária e constante para a emancipação feminina.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família. Protagonismo feminino. Emancipação.

ABSTRACT: The study addresses the trajectory of women, based on the history of legislation and their role in the family, aiming to observe the possibility of social emancipation in contemporary times. This is relevant research to present as a central problem whether there were achievements that claim to affirm that a woman plays the true role in the family and, under equal conditions, with the man. The deductive method is used as an investigative route, drawn from bibliographic and documentary instruments, concluding that, although progress has been made, there is a need for a daily and constant struggle for female emancipation.

KEYWORDS: Family Law. Female protagonism. Emancipation.

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas/MS. Integrante do Grupo de Pesquisa 'O Direito da Família Contemporâneo' da mesma instituição, devidamente cadastrado no CNPq. E-mail: juju_srb@hotmail.com

² Docente do curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campus de Três Lagoas/MS. Doutor em Educação (UFMT). Doutorando em Direito (ITE-CEUB). Mestre em Direito (UNIVEM). Líder do Grupo de Pesquisa 'Direito Civil Emergente' e 'O Direito de Família Contemporâneo', ambos da UFMS. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3683-2023>. E-mail: cleber.angeluci@ufms.br

INTRODUÇÃO

A trajetória dos direitos da mulher é marcada por limitações impostas pela sociedade e leis, principalmente no âmbito familiar, pois ela foi muitas vezes reduzida a uma história de ausência e teve seu protagonismo sufocado. Ao verificar a história brasileira, é notório que várias são as leis que eram omissas quanto aos direitos das mulheres por não considerar elas um ser capaz que necessitasse desse amparo legal.

Neste estudo se aprofunda no sentido de questionar se a mulher conquistou o protagonismo no âmbito familiar, trazendo em primeiro lugar a história da mulher na legislação, tendo como ponto de partida o Código Civil de 1916, que foi um código marcado pelos fundamentos patriarcais presentes na época, com as alterações produzidas por outras legislações, a exemplo do Estatuto da mulher casada que teve grande importância nas famílias brasileiras e a lei do divórcio.

Em seguida, busca discutir a respeito da igualdade entre homem e mulher, abordando as Constituições, tendo em vista o tratamento dispensado à mulher. É nesse caminho que o último capítulo aborda a emancipação da mulher, trazendo a importância do seu ingresso no mercado de trabalho e o advento dos métodos contraceptivos, pontuando como questionamento o fato de o Brasil ostentar leis contra violência doméstica, expondo falhas na sociedade para garantir a dignidade à mulher.

1. A HISTÓRIA DA MULHER NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA A PARTIR DO CÓDIGO CIVIL DE 1916

A trajetória da família está muito conectada à feminina, a evolução do papel da mulher desencadeou vários impactos na família, inclusive sobre o homem, uma vez que com ela, as atividades que anteriormente eram só destinadas ao sexo masculino, passaram a ser partilhadas. Assim, torna-se essencial ao estudo, o caminho que as mulheres percorreram em busca da igualdade e a submissão que estiveram vinculadas ao longo desse percurso, sua história parece marcada pela ausência de espaço, ou seja, por um não lugar³.

³ Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 277-278) afirma que “A história da mulher no Direito, ou o lugar dado pelo Direito à mulher, sempre foi um não lugar. Na realidade, a presença da mulher é a história de uma ausência, pois ela sempre existiu subordinada ao marido, sem voz e marcada pelo regime da

É possível observar que a legislação é o reflexo da época em que é elaborada, com as ideias e costumes da sociedade naquele contexto histórico. A elaboração do Código Civil de 1916 ocorreu em uma época marcada pelo machismo, por uma sociedade formada com preceitos conservadores, hierarquizados e patriarcais. Esse diploma legal traduz, em sua estrutura e nos seus dispositivos, a ideia de superioridade masculina, isto é, a mulher reduzida a um ser submisso, quando menor, vinculada ao pai e quando casada ao marido, com autonomia bastante restrita, senão inexistente.

Segundo Maria Berenice Dias (2010, p. 1) ela esteve “subordinada ao marido, a quem precisava obedecer. Estava excluída do poder e do mundo jurídico, econômico e científico. Relegada da cena pública e política, sua força produtiva sempre foi desconsiderada”, de tal sorte que “não se emprestava valor econômico aos afazeres domésticos”.

Constata-se nessa legislação, um tratamento extremamente desigual entre homem e mulher, sendo marcado pelos diferentes direitos e deveres. Segundo Venosa (2014, p. 16) “a mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal”, concluindo que o “Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época”. Como determinava o seu art. 233, “o marido é o chefe da sociedade conjugal”, atribuindo a ele o direito de decidir pelos filhos e sua esposa, entre outros, o direito de fixar e mudar o domicílio da família e o direito inclusive de autorizar a profissão da mulher.

Assim, expressava o art. 6º, II, desse diploma legal, que as mulheres casadas eram relativamente incapazes enquanto houvesse a sociedade conjugal. Isso significava que a mulher não podia realizar os atos da vida civil de forma plena e livre, era necessário ser assistida ou ter seus atos ratificados, ficando em situação de visível subordinação. Segundo Verucci (1999, p. 35), o Código Civil de 1916 teve muita influência do “Estado e da Igreja, e consagrou a superioridade do homem, dando o comando único da família ao marido e delegando à mulher casada a incapacidade jurídica relativa”.

incapacidade. Foi somente com o Estatuto da Mulher Casada, que foi permitido à mulher praticar atos jurídicos”.

Outro aspecto característico desse sistema patriarcal, estava no fato de que a família se identificava pelo nome do marido, sendo a mulher obrigada a utilizar o sobrenome do homem como dispunha o art. 240 que “a mulher assume, pelo casamento, com os apelidos do marido, a condição de sua companheira, consorte e auxiliar nos encargos da família”, portanto, a submissão sempre presente.

Nota-se também, em relação a esse texto normativo, a unicidade do casamento, como fonte única da chamada família legítima, os outros vínculos extramatrimoniais não eram reconhecidos e, portanto, ficavam relegados a segundo plano, com a pecha de relações ilegítimas.

Cabral (2008, p. 41), afirma sobre o tema que “o Código Civil, na área de família acabou falhando, pois, reconheceu, apenas, uma única forma de constituição de família, outorgando juridicidade somente ao relacionamento decorrente do casamento”, a lei se preocupava principalmente em proteger a entidade familiar, inclusive a legitimidade da união e dos filhos.

O art. 358 determinava que os filhos incestuosos e os adulterinos não poderiam ser reconhecidos, isto é, os filhos concebidos fora do casamento eram excluídos de qualquer direito, rotulados como filhos ilegítimos⁴. Essa visão discriminatória, demonstra que o prejuízo decorrente da relação do pai era inteiramente tributado aos filhos e à mãe desse filho extramatrimonial, pois quem sustentava a prole sozinha, carregando “desonra” de ter esse filho fora do casamento, sem a possibilidade jurídica de exigir do homem, a sua responsabilidade.

Em meados do século passado, as manifestações feministas começaram a ser cada vez mais constantes devido aos impactos da Segunda Guerra Mundial. Essa guerra exacerbou o conflito de homens e mulheres, em que uma grande quantidade de mulheres foi chamada a contribuir com um esforço de guerra, fato que antes não havia ocorrido.

Desse modo, na década de 60, houve grandes mudanças e as mulheres

⁴ Segundo Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 331) “A distinção feita pelo Direito sobre filhos legítimos e ilegítimos chegava ao ponto de negar a existência da relação de paternidade. É importante não perder o fio da história sobre a paternidade jurídica no Brasil fora do casamento, compreender melhor sua evolução e o confronto, ou encontro, dos textos normativos com o discurso psicanalítico, na medida em que tais textos jurídicos eram sustentados por uma moral sexual excludente. Mesmo que o homem casado quisesse reconhecer o filho havido fora do casamento, não podia. É como se filho não tivesse pai e era condenado à invisibilidade social, ocupava um ‘não lugar’”.

começaram a se unir de forma mais expressiva, para a conquista de direitos. Esses movimentos feministas tiveram alcance também no Brasil que, em 1962, editou a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, que dispunha 'sobre a situação jurídica da mulher casada', conhecida como Estatuto da Mulher Casada, um grande marco para as mulheres brasileiras, uma vez que não eram mais consideradas incapazes.

Segundo Sturmër (2002, p. 105), 'o Estatuto da Mulher Casada, afastando a imagem do autoritarismo marital, deu capacidade plena para a mulher casada e eliminou parte das desigualdades impostas pelo Código Civil Brasileiro'. Com o advento desse estatuto, foi autorizado o livre exercício de profissão para a mulher em relação matrimonial que agora poderia adentrar livremente no mercado de trabalho.

O Estatuto da Mulher Casada teve grande relevância nas famílias brasileiras, pois, segundo a norma, o marido deixou de ser o chefe absoluto da sociedade conjugal e a mulher passou a ter direito sobre os seus filhos, compartilhando o pátrio poder e, inclusive, com a possibilidade de postular a guarda em caso de fim do casamento. Esse diploma legal também trouxe a alteração no art. 233, do Código Civil, modificando o entendimento de que o marido era o chefe da sociedade conjugal sozinho, estabelecendo a colaboração da mulher no interesse comum do casal e dos filhos.

É notória a relevância deste estatuto para o direito da mulher, embora insuficiente para suprimir toda a submissão e ausência de lugar histórico feminino, principalmente nas relações familiares. Ainda nesse período, o casamento era indissolúvel, o único recurso que se tinha, quando da quebra dos laços matrimoniais, consistia no 'desquite' que dissolvia somente a sociedade conjugal, mas não o vínculo matrimonial⁵.

A mulher desquitada sofria preconceitos e era excluída por parte considerável da sociedade, fazendo com que ela se submetesse a condições terríveis no casamento, para que não fosse considerada imoral e mal vista por sua família e

⁵ Segundo Rolf Madaleno (2020, p. 416) "Os vocábulos 'divórcio' e 'desquite' são designados como sinônimos, embora em Direito expressem atos diferentes, porque o desquite, atual separação judicial ou extrajudicial, seria a separação dos cônjuges e de seus bens materiais, sem o rompimento do vínculo matrimonial e sem liberdade para novos casamentos, ao passo que o Direito Canônico emprega o vocábulo divórcio para indicar a separação dos casados, mas também conservando o vínculo conjugal, tendo o legislador do Código Civil de 1916 preferido usar a expressão 'desquite' por lhe parecer a mais apropriada'.

sociedade. Como afirma Bassanezi:

O desquite, a única possibilidade de separação oficial dos casais nos anos 1950, não dissolvia os vínculos conjugais e não permitia novos casamentos. As mulheres desquitadas ou as que viviam concubinadas com um homem desquitado sofriam com os preconceitos da sociedade. [...] A conduta moral da mulher separada estava constantemente em vigilância, e ela teria que abrir mão de sua vida amorosa sob o risco de perder a guarda dos filhos (BASSANEZI, 2004, p. 636).

Essa situação perdurou até final da década de 1970, com a vigência da Lei do Divórcio e a Emenda Constitucional que o autorizou no ordenamento jurídico brasileiro, regulando os casos de dissolução da sociedade conjugal. Objetivando diminuir o impacto negativo do estereótipo da mulher desquitada no meio social, a Lei nº 6.515 de 1977 foi projetada, introduzindo o divórcio, visando também eliminar a carga pejorativa que acompanhava o termo desquite (Vieira; Silva, 2013, p. 3455), passando a permitir a chamada separação judicial.

Essa norma produziu relevantes modificações no sistema jurídico, tornando, facultativa a adoção do patronímico do marido e mudando o regime legal de bens, em vez de comunhão universal, passou a vigorar o regime da comunhão parcial de bens, alterando com isso, o art. 258 do Código Civil de 1916, então em vigor.

Apesar das diversas lutas feministas e conquistas mencionadas, somente com a Constituição Federal de 1988 ocorreu reforma mais acentuada no direito de família, com o conceito de família recebendo tratamento de igualdade material, para além da igualdade formal entre homens e mulheres, em direitos e obrigações. Importante salientar que essas conquistas ainda devem ser diuturnamente reafirmadas e exigidas, na superação do paradigma patriarcal e hierárquico ainda não superado completamente.

2. (H)Á IGUALDADE ENTRE HOMEM E MULHER NO HISTÓRICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO?

As constituições são parâmetros da realidade, demonstram os anseios sociais da época de uma determinada sociedade e, até mesmo quando são omissas, emanam efeitos interessantes. A igualdade, muito embora expressamente prevista nos textos

constitucionais anteriores⁶, não passava de uma mera indicação legislativa, sem força material, o que contribuía para a desigualdade fática.

Nota-se que essas constituições não faziam referência às mulheres, pois estavam excluídas de forma implícita da participação social e política. Importa salientar que elas galgaram várias conquistas no decorrer da história, mas se deve questionar se essa igualdade formal teve influência no aspecto material, a fim de possibilitar a inclusão da mulher, para que houvesse a possibilidade de desempenhar seu protagonismo, o que parece essencial à análise da igualdade de gênero, na perspectiva das constituições brasileiras e das decisões dos tribunais sobre o tema.

Na Constituição do Império do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, a mulher continuava com o mesmo tratamento que tinha no Brasil colônia, perpetrando a noção de que seu papel se restringia ao âmbito privado, exercendo as funções domésticas e cuidando da família. Nota-se que essa Constituição não se preocupou nem em negar os direitos à mulher, não fez menção expressa aos seus direitos políticos, somente mencionando a mulher ao dispor sobre a sucessão imperial, que tratava sobre a esposa do imperador e das princesas.

Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a primeira Constituição da República do Brasil. Essa constituição foi um marco, pois no art. 70, dispôs que são eleitores os cidadãos maiores de 21 anos, que se alistarem na forma da lei, estabelecendo o sufrágio universal masculino para todos os brasileiros alfabetizados maiores de 21 anos. Como ressalta Célia Pinto (2003, p. 16), “a mulher não foi citada porque simplesmente não existia na cabeça dos constituintes como um indivíduo dotado de direitos”.

É visível este pensamento arcaico até mesmo nos Anais do Congresso Constituinte da República, da Constituição de 1891, quando dos debates é possível encontrar posições como a de Moniz Freire (1891, p. 456), que afirma:

⁶ Apenas como exemplo, a Constituição de 1967 estabelecia no art. 150, § 1º que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido na forma da lei.” Ainda dispunha no art. 158, III a proteção de direitos aos trabalhadores, proibindo a “diferença de salários e de critérios de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil”. Por outro lado, a Constituição de 1946 garantia “aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade”, estabelecendo que “todos são iguais perante a lei”, conforme disposto no art. 141, § 1º. Como se nota a ‘igualdade’, embora presente no texto das referidas constituições não foi suficiente para modificar as situações fáticas vividas.

Ora, querer desviar o espírito feminino desse dever, dessa função, que é a base de toda a organização social, cujo primeiro grão é a família, para levá-lo ao atrito das emulações práticas, no exercício de funções públicas, é decretar a concorrência dos sexos nas relações da vida ativa, modificar esses laços sagrados da família, que se formam em torno da vida puramente doméstica da mulher, e corromper a fonte preciosa de moralidade e de sociabilidade, que ela mais diretamente representa, demandando como condição de pureza a sua abstenção completa da vida prática.

A Constituição de 1934 surgiu em um contexto histórico posterior à Primeira Guerra Mundial, que foi um fator desencadeante de inúmeras mudanças, inclusive para as mulheres que tiveram que ocupar atividades antes destinadas exclusivamente aos homens. Anteriormente a essa Constituição, no dia 24 de fevereiro de 1932, foi aprovado o decreto nº 21.076, que instituía o Código Eleitoral, concedendo o direito de voto às mulheres. Assim, a Constituição de 1934 confirmou esse direito às mulheres no art. 108 dispondo que “são eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei”.

A igualdade formal foi sendo conquistada de maneira gradual em cada Constituição, porém na Constituição de 1937 não houve alterações substanciais no tocante ao direito da mulher. Em 1934 a Constituição firmava a garantia ao emprego e salário da empregada no período anterior e seguinte ao parto, porém o texto de 1937 retirou a garantia ao emprego, que antes era prevista, restando apenas a garantia aos salários.

Em um contexto diferente das demais, a Constituição de 1946 foi marcada pelo pós-guerra, que influenciou diversas mudanças em todo o mundo dado o tamanho da repercussão que aquele acontecimento mundial havia imposto. Ela previa expressamente no art. 157, II a “proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil”. Importante ressaltar que a Constituição de 1934 já previa, no art. 121 essa igualdade, mas a Constituição de 1937 retrocedeu e foi omissa quanto ao assunto.

Em 1964, o Brasil era marcado por uma crise política, o presidente da época era João Goulart, que propôs uma série de reformas estruturais muito pretensiosas, a exemplo da reforma agrária, que foi encarada como ameaçadora por parte da sociedade que, na época, temia o comunismo. Assim, nesse período foi conferido grande poder ao Executivo, inclusive a legitimidade para propor emenda à

Constituição, constituiu um período turbulento na história do país sem avanços para a igualdade (ROCHA, 2019, p. 76).

A família, até esse período, era formada somente pelo casamento, sendo a união estável excluída e deixada à margem do ordenamento jurídico. Como descreve Venosa (2009, p. 42), a influência da Igreja Católica, inclusive durante o período da República, impediu as tentativas de projetos de lei para se atribuir efeitos jurídicos ao concubinato. Evidencia-se pelo fato de que a lei do divórcio só ocorreu em 1977 e, na ausência dessa lei, cresceu exponencialmente as relações concubinárias. Segundo Lôbo (2008, p. 148):

A principal vítima foi a mulher, estigmatizada como concubina, tendo em vista a cultura patriarcal que impedia ou inibia seu acesso ao mercado de trabalho, a deixava sob a dependência econômica do homem, enquanto merecesse seu afeto. A mulher separada de fato ou solteira que unia-se a um homem, com impedimento para casar, além do estigma, era relegada ao mundo dos sem direitos, quando dissolvido o concubinato, pouco importando que derivasse de convivência estável e que perdurasse por décadas, normalmente com filhos.

Devido à necessidade de se adequar às novas modalidades de família que surgiam, passou-se a autorizar que a mulher pudesse exigir indenização pelos serviços, domésticos e sexuais prestados durante a constância da união, surgindo assim as relações não matrimoniais, o que era chamado, na época, de concubinato, que consistia numa sociedade de fato, que gerava direitos e obrigações, mas que não era reconhecida como família. Apesar de soar estranho, na época nada mais era do que a concubina morando sob a dependência do concubino, como não poderia pedir alimentos, a jurisprudência autorizou essa prestação para que não afetasse o direito de família.

Um marco em 1964 foi a súmula 380 do Supremo Tribunal Federal estabelecendo que “comprovada a existência de sociedade de fato entre concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha dos patrimônios adquiridos pelo esforço comum”. Com o entendimento de que, para justificar a partilha de bens, era necessário demonstrar a contribuição efetiva para a construção do patrimônio do casal, destacando que não há necessidade de provar que existe concubinato para a meação, pois a sociedade de fato existe independente da relação familiar (LARA, 2008, p. 29). Assim, aos poucos, a relação não oriunda do casamento foi evoluindo,

para que o concubinato pudesse gerar efeitos jurídicos, a partir da jurisprudência.

A Constituição Federal de 1967, recebeu uma nova redação via emenda decretada pelos Ministros militares no exercício da Presidência da República no ano de 1967, através de ato institucional foi atribuída a função do poder constituinte originário. Nessa época, muitas mulheres se organizaram de forma independente para formar uma militância contra o regime da época. Em 1977, foi instaurada uma Comissão Parlamentar de Inquérito 30, para investigar a situação da mulher no mercado de trabalho e demais atividades, que trouxe à tona questões, que hoje ainda é uma realidade (SANTOS, 2009, p. 11)

A Constituição de 1988 foi um marco de mudanças no que diz respeito à participação da mulher e igualdade de gênero, conforme se depreende do art. 5º, I, expressamente afirmando que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” e sobre a família de um modo geral.

A inclusão das mulheres se iniciou antes mesmo da promulgação da Constituição, em 1986 foi criado um documento essencial para a trajetória das mulheres, a “Carta das Mulheres aos Constituintes”, que foi feita com propostas redigidas durante o Encontro Nacional do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher e encaminhada constituintes, abordando diferentes aspectos, inclusive família, trabalho, saúde, entre outros. O documento foi finalizado com uma impactante frase: “constituinte para valer tem que ter direitos das mulheres!” Essa carta é um marco para a trajetória feminina, trazendo reivindicações no âmbito familiar, por exemplo, que garantisse a igualdade plena entre cônjuges, tendo ambos os deveres e direitos quanto à direção da sociedade conjugal, à administração dos bens do casal, à responsabilidade em relação aos filhos (MELO, 2018, p. 13).

Em síntese, a Constituição reconheceu a união estável e a participação igualitária da mulher e do homem na família, vedando quaisquer discriminações e preconceitos. No art. 226, tratou expressamente da proteção estatal à família, determinando que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Além disso, no § 3º do mesmo dispositivo, estabelece que goza “da proteção do Estado” e se reconhece “a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Dessa maneira, o conceito de família se ampliou para incluir os relacionamentos extramatrimoniais, as

uniões de fato entre homem e mulher como uma entidade familiar, denominada união estável.

Como afirma Jacques Penteadó (2000, p. 361), o casamento e união estável são distintos e por isso a denominação diversa, cada uma tem sua disciplina jurídica específica e como determina a Constituição, a família é a base da sociedade e por isso outorga proteção estatal especial; diferentemente da união estável que é caracterizada como uma entidade familiar e mereceria uma proteção simples.

Ainda o § 5º, desse dispositivo, estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Embora a Constituição estabeleça igualdade de gênero, essa igualdade foi realmente conquistada? Houve um percurso da igualdade, no aspecto material para possibilitar a inclusão da mulher? Certamente, a resposta não pode ser totalmente positiva.

A almejada igualdade entre homem e mulher deve levar em consideração, inevitavelmente, a diferença existente entre eles, ambos são diferentes e essas diferenças devem ser sempre respeitadas e colmatadas. O princípio da igualdade veda discriminações arbitrárias, todavia, a busca da igualdade entre homens e mulheres deve levar em consideração, necessariamente, as diferenças entre eles para suprimir as desigualdades encontradas.

É imprescindível que seja fortalecida a igualdade material, garantindo-se as oportunidades para que as mulheres possam realizar, de forma plena, suas potencialidades de vida, por meio de participação social, cultural, política entre outros. Por isso, o intérprete do direito deve ter como norte, diminuir as diferenças de gênero e pensar em possibilidades que possam proporcionar condições de igualdade e desenvolvimento comum, utilizando o direito como instrumento de inclusão e promoção social, vez que material legislativo e Constitucional há à suficiência.

Afinal é notório que as mulheres enfrentam as maiores discriminações por conta do gênero, todavia, é evidente que toda a sociedade sofre com essa negação de direito a elas, uma vez que sendo a sociedade menos igualitária, há impacto negativo nos avanços sociais, enfraquecendo o crescimento econômico e social. Muitas mulheres sustentam sozinhas os próprios filhos e essa desigualdade contribui diretamente no desemprego e agravamento das mazelas sociais.

3. EMANCIPAÇÃO DA MULHER

Como apontado anteriormente, a inserção da mulher no mercado de trabalho decorreu de vários motivos e, apesar dessa inserção ainda não ser igualitária, foi um fator muito decisivo para tentar alcançar a emancipação feminina. Como afirma Grazielle Amaral (2012, p. 2), o mundo globalizado passou a demandar novas formas de organização do processo produtivo, abrindo espaço para uma maior participação da mulher no mercado de trabalho, que não acarretou somente em um complemento de renda, mas também em uma quebra de padrões comportamentais. Por outro lado, ao analisar as situações reais, fica evidente que a inserção da mulher no espaço laboral não fez com que ela fosse liberada de suas atividades domésticas, ocorrendo o acúmulo de uma dupla jornada, não mais sendo submetida somente aos trabalhos no âmbito familiar, mas também doméstico.

[...] O trabalho doméstico está no cerne da opressão feminina e enquanto o casamento incluí-lo como um mecanismo através do qual serviços são prestados gratuitamente e crianças geradas e criadas, tendo uma mulher como responsável, a opressão dessa, com ou sem propriedade, com ou sem alternativa de um trabalho assalariado, parece inevitável (PENA, 1981, p. 73).

A conquista da independência financeira através do trabalho, foi um fator de transformação na vida das mulheres, um fator de libertação da opressão e dependência do marido. A mulher sendo privada de entrar no mercado de trabalho em uma sociedade capitalista, fez com que ela fosse considerada de menor importância, pois não desenvolvia atividade remunerada. Assim, sem a possibilidade de ter sua própria renda, se tornava dependente econômica e psicologicamente de seu marido, tendo que se submeter a uma vida sem autonomia na administração do lar, por não ser economicamente ativa.

Com o tempo, o trabalho da mulher passou a não ser mais um complemento da renda familiar, transformando-se em vários casos, na renda principal da família, mesmo com as desigualdades e preconceitos sofridos. Além disso, deve-se levar em conta que as responsabilidades domésticas ainda são, na maioria dos casos, tarefa exercida pelas mulheres, com sobrecarga de serviços, acumulando jornada dupla.

Segundo Bruschini (1994, p. 185), “a presença de filhos é o que mais interfere

na participação feminina no mercado de trabalho”, de tal forma que “a responsabilidade pela guarda, cuidado e educação dos filhos na família e a insuficiência de equipamentos coletivos como as creches limitam a saída da mulher para o trabalho remunerado”.

Por se atribuir à mulher, muitas vezes, a responsabilidade no cuidado dos filhos, o seu acesso ao mercado de trabalho acaba sendo mais difícil, mas percebe-se alguns avanços, sendo visível que com o advento do anticoncepcional, novos horizontes se abriram. Patrícia Rocha (1995, p. 19), afirma que duas armas poderosas enfraqueceram, de forma permanente a ideologia patriarcal, sendo a primeira o avanço tecnológico, eliminando a divisão sexual de tarefas e a segunda marcada pelo desenvolvimento de métodos anticoncepcionais eficazes e acessíveis à população que libertaram as mulheres da gravidez indesejada.

A utilização de pílulas anticoncepcionais fez com que a mulher conquistasse maior liberdade sobre sua reprodutividade e liberdade sexual, conferindo autonomia a ela em poder elaborar um efetivo planejamento familiar sem o consentimento do homem.

As mulheres brasileiras vinham processando a ruptura com o clássico e exclusivo papel social que lhes era atribuído pela maternidade, introduzindo-se no mercado de trabalho e ampliando suas aspirações de cidadania. Controlar a fecundidade e praticar a anticoncepção passaram a ser aspirações das mulheres, assim como a vivência plena da sexualidade, desvinculando a maternidade do desejo e da vida sexual (COSTA; GUILHERM, SILVER, 2006, p. 76).

Afinal, é importante definir o que é essa emancipação, qual o significado e por que é tão importante a mulher conquistá-la. Emancipar é a capacidade de se tornar-se independente, é o direito à liberdade; a emancipação não pode ser considerada uma expectativa utópica, é a liberdade subjetiva de cada pessoa, essa emancipação seria a superação da vontade de outrem (ALMEIDA, 2017, p. 2).

Para a mulher conquistar essa emancipação, foi necessário que tivesse o direito de adentrar no mercado de trabalho, conquistando sua autonomia financeira e os usos de contraceptivos permitiram que ela fosse a protagonista no planejamento familiar. Assim, somente a existência de métodos contraceptivos não faz a diferença se não estiver acompanhada do acesso à informação que permita à mulher o

conhecimento desses métodos, para que possa estabelecer adequadamente o seu planejamento familiar e conquistar sua autonomia.

Com o objetivo de libertar as mulheres das amarras do machismo e conquistar seu espaço no ambiente público, foram necessárias diversas lutas femininas, pois enquanto a atuação do homem era destinada aos espaços públicos, as mulheres ficavam destinadas à esfera privada da casa. Atualmente, a mulher tem uma participação maior no espaço público, ocupando diversos cargos políticos, mas é notório que apesar desse “aceitamento” pregado pela sociedade, a ocupação de cargos públicos e de gestão ainda se mostra muito tímida, apegada aos valores tradicionais, sendo a mulher, muitas vezes, tratada com desigualdade e sendo discriminada, mesmo quando conquista altos cargos.

O patriarcado restringiu o poder de escolha da mulher de forma explícita, pois durante sua vida é muitas vezes julgada se almeja algo fora dos padrões impostos pela sociedade. Para que ela seja reprimida em suas escolhas, não se faz necessário violência física, ocorrendo outras formas de discriminação, como aquela violência simbólica inculcada desde a infância feminina da maneira como se comportar.

O Estado brasileiro, com o intuito de criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, criou a Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que foi um grande marco nas lutas feministas. Como dispõe no art. 2º “toda mulher [...] goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social”.

A lei Maria da Penha é uma forma de reconhecer que o Estado tem a obrigação de garantir a segurança da mulher, tanto no espaço público como no privado, estabelecendo uma discriminação positiva, com o intuito de garantir a igualdade material entre os sexos, buscando promover à mulher maior cidadania, fornecendo ferramentas que diminuam a desigualdade e garantam a sua segurança, com o fim de garantir sua autonomia e com isso sua emancipação.

A Lei nº 11.340/2006 foi essencial para alterar aquela antiga visão de que “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, ou seja, de que no espaço doméstico, a mulher não fosse verdadeiramente protegida, um espaço em que o marido tinha poder, tinha “domínio” sobre ela, sobre seu corpo e suas escolhas.

Observa-se que a Lei Maria da Penha foi essencial para atribuir maior segurança à mulher, porém, como afirma Scarence (2019, p. 26) esse índice elevado e constante de violência contra a mulher, mostra que as leis sozinhas não estão tendo o poder de transformar essa realidade desigual. Um questionamento que deve surgir é: por que o Brasil ainda necessita de tantas leis para proteger a mulher apesar de tanto tempo de luta por espaço? Por que o seu protagonismo ainda é de tão difícil?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se verificar que a emancipação feminina ainda não foi alcançada, apesar de todos os avanços, a mulher ainda luta para conseguir o seu protagonismo. Um país que ostenta lei contra violência doméstica, demonstra que, infelizmente, ainda não conseguiu com que a mulher tivesse sua emancipação. Melhor se essa lei não existisse, por ausência de fatos para ela regular, afinal, não se discutiria o papel da mulher, sua coisificação e subjugação, portanto, a vigência da lei apenas demonstra a falha da sociedade brasileira e há, ainda, muito a caminhar para que a igualdade, o protagonismo e a emancipação sejam efetivamente alcançados

Fica evidente que mesmo após as grandes conquistas da mulher e dos avanços tecnológicos, o seu papel ainda é permeado por traços conservadores, colocando-a sob a perspectiva de cuidadora da família e a responsável pelo zelo da casa. A mulher contemporânea acumula diversas funções, devido sua inserção no mercado de trabalho e funções domésticas, tendo jornada dupla e exaustiva, em muitas situações. O movimento das mulheres contribuiu e vem construindo cada vez mais espaço para sua integração social.

Assim, é perceptível que grande parte da dificuldade das mulheres, contemporaneamente em se emancipar, está no fator cultural que, durante vários anos como mostrado, a própria lei limitava sua participação.

Constata-se que os objetivos do movimento feminista ainda não foram plenamente alcançados, pois ainda não se garantiu a igualdade material, existindo muitas disparidades entre homens e mulheres, porém, é importante ressaltar que já se tem vários avanços acerca do tema, a discussão da temática já se encontra mais madura e mais embasada que em seu início. Por ser uma cultura tão enraizada na

sociedade, deve ser encarado como um processo contínuo, sempre salientando que são necessárias muitas mudanças para alcançar a emancipação feminina e conseqüentemente, o protagonismo efetivo no âmbito familiar e social.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juracy Armando Mariano de. IDENTIDADE E EMANCIPAÇÃO. **Psicol. Soc.**, Belo Horizonte, v. 29, e170998, 2017. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e170998.pdf>>. acesso em 22 de fevereiro de 2021.

AMARAL, Grazielle Alves. **Itinerarius reflectionis**, Jataí, vol 2, n.13, 2012. Disponível em:<file:///C:/Users/Lello/Documents/Downloads/22336-Texto%20do%20artigo-159354-1-10-20151016%20(4).pdf>. Acesso em: 12 de abr. 2021

BASSANEZI, Carla. Mulheres dos anos dourados. In: PRIORE, Cláudia Del; BASSANEZI, Carla (orgs). **História das Mulheres no Brasil**. 7 ed. São Paulo: Contexto, 2004, p. 636.

BITTENCOURT, S. R. V. **A participação da mulher no mercado de trabalho e o cuidado dispensado aos filhos menores de sete anos, durante a ausência materna**. 1980. 75f. Dissertação (Mestrado em Saúde Comunitária) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 1980.

BRASIL. Câmara dos Deputados, **Anais do Congresso Constituinte de 1890/91**. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Republica/1890/1890%20Livro%202.pdf>. Acesso em: 3 jul. 2020.

BRASIL. **Lei n. 6.515** - De 26 de dezembro de 1977. Lei do divórcio

BRASIL. **Lei n. 4.121** - De 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada.

BRUSCHINI, Cristina. O trabalho da mulher brasileira nas décadas recentes. **Revista Estudos Feministas**. Rio de Janeiro: CIEC/ECO/UFRJ, n. especial/2º semestre, 1994^a

CABRAL, Melissa Karina. **Manual de direitos da mulher**. Leme - SP: Mundi Editora e Distribuidora Ltda - ME, 2008. v. 01.

COSTA, Ana Maria; GUILHEM, Dirce; SILVER, Lynn Dee. Planejamento familiar: a autonomia das mulheres sob questão. **Rev. Bras. Saude Mater. Infantil**, Recife, v. 6, n. 1, pág. 75-84, março de 2006. Disponível em <<https://www.scielo.br/pdf/rbsmi/v6n1/a09v6n1.pdf>> acesso em 28 de janeiro de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil**. 2010. Disponível em: <[http://berenicedias.com.br/uploads/18 - a mulher no código civil.pdf](http://berenicedias.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_codigo_civil.pdf)>.

Acesso em: 15 jun. 2020

DIAS, Maria Berenice. **A mulher e o Direito**. Maria Berenice, 2010. Disponível em: <[http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2_732\)23 a mulher e o direito .pdf](http://www.berenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_732)23_a_mulher_e_o_direito.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008

MADALENO, Rolf. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MELO, Adriana Ramos. 30 anos da carta das mulheres aos constituintes. **Anais de seminários da Emerj**, Rio de Janeiro, 2018, volume1. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/publicacoes/anais_de_seminarios_da_emerj/edicoes/volume1_2018/anais_de_seminarios_da_emerj_volume1_2018.pdf>. Acesso em: 12 de abr. de 2021

MIRANDA, Maria da Graça Gonçalves Paz. **O Estatuto da Mulher casada em 1962**. 2013. 50 p. Trabalho de conclusão de curso (Licenciatura em história) - Universidade Federal do Rio grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

MOTTA, Alda Britto da; SARDENBERG, Cecília; GOMES, Márcia (orgs). **Um diálogo com Simone de Beauvoir e outras falas** - Salvador: NEIM/UFBA, 2000.

PENA, Maria Valéria Junho. **Mulheres e trabalhadoras: presença feminina na constituição do sistema fabril**. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1981.

PENTEADO, Jacques de Camargo. A Família e a Justiça penal, in: **A Família na Travessia do Milênio - Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família** - IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de direito de família e sucessões ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

ROCHA, Patricia Magda Souza. **Mulheres sob todas as luzes - a emancipação feminina e os últimos dias do patriarcado**. Belo Horizonte: Editora Leitura, 2009.

SANTOS, Tânia Maria. A mulher nas constituições brasileiras. **II Seminário Nacional de Ciência Política: América Latina em debate Universidade Federal do Rio Grande do Sul** – UFRGS. Porto Alegre, 23 a 25 de setembro de 2009.

Disponível em:

<<http://www.ufrgs.br/nucleomulher/arquivos/Mulher%20e%20CF%20-%20Final%20tania.pdf>>. Acesso em: 13 de abr. de 2021.

SCARENCE, Valéria. **Violência contra a mulher: um desafio para o Brasil**. In: Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2019. Disponível em:<

<http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/visivel-e-invisivel-a-vitimizacao-de-mulheresno-brasil-2-edicao/>> Acesso em: 30.set.2019.

SILVA, Marcelo Melo. A mulher e a primeira constituinte republicana. In: **Anais Eletrônicos do IV Colóquio de História “Abordagens Interdisciplinares sobre História da Sexualidade”**. Luiz C. L. Marques e Newton D. A. Cabral (Orgs.). Recife, 16 a 19 de outubro de 2010. ISSN: 2176-9060. Disponível em: <<http://www.unicap.br/coloiodehistoria/wp-content/uploads/2013/11/4Col-p.483.pdf>>. Acesso em: 3. jul. 2020.

STURMER, Amélia Balduino. A incidência do princípio da igualdade nas relações conjugais com o advento da Constituição Federal de 1988. In: **Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito**. CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. [et al.]. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2009. v 6. p. 42

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 14ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

VERUCCI, F. A mulher no direito de família brasileiro – Uma história que não acabou. In: **Nova Realidade do Direito de Família**. Rio de Janeiro: COAD/SC. Editora Jurídica, 1999.

VIEIRA, Flávia David. SILVA, Edvania Gomes. Estereótipo da mulher desquitada no período que antecedeu a aprovação da lei do divórcio. **X COLÓQUIO DO MUSEU PEDAGÓGICO**, 28 a 30 de agosto de 2013, Bahia. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/229295522.pdf>>. Acesso em: 15 de abr. 2021.

ANÁLISE CRÍTICA DO CASO MARIA JOAQUINA: O OSTRACISMO SOCIAL IMPOSTO AS PESSOAS TRANSGÊNERAS

Elisa Santana Fonseca¹

Josiene Aparecida de Souza²

RESUMO: Em uma sociedade onde os papéis de gênero estão bem delimitados, transgredir essa ordem social mostra-se com uma afronta que tem por consequência a violação a direitos constitucionais. Nas práticas esportivas essa divisão de gênero ocorre de maneira mais acentuada, sendo que aqueles que com ela não se identificam acabam por ser excluídos e privados do direito de participação. A presente pesquisa tem como objetivo analisar de maneira crítica o caso Maria Joaquina e apontar os desafios enfrentados por pessoas transexuais na sociedade brasileira, bem como as consequências daí decorrentes. Para tanto, valer-se-á de pesquisas bibliográficas, em especial aquelas ligadas ao desenvolvimento de crianças transexuais na sociedade brasileira e a prática esportiva por atletas transgêneros. Tudo isso com substrato na vertente jurídico-dogmática, que por sua vez possui o raciocínio indutivo-dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: transgeneridade; práticas esportivas; crianças; exclusão social.

ABSTRACT: In a society where gender roles are well delimited, transgressing this social order is an affront that results in the violation of constitutional rights. In sports, this gender division occurs more sharply, and those who do not identify with it end up being excluded and deprived of the right to participate. The present research aims to critically analyze the Maria Joaquina case and to point out the challenges faced by transsexual people in Brazilian society, as well as the consequences arising from it. To this end, it will use bibliographic research, especially those related to the development of transsexual children in Brazilian society and the practice of sports by transgender athletes. All of this with substratum in the legal-dogmatic aspect, which in turn has inductive-deductive reasoning.

KEYWORDS: transgenderity; sports practices; kids; social exclusion.

¹ Graduanda em Direito pela FDCL – Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Pesquisadora do grupo de Estudos Bioética e Biodireito

² Professora da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete/MG. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto- UFOP. Especialista em Direito Processual Civil pelo CAD-FUMEC. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Advogada

INTRODUÇÃO

Historicamente, a sociedade fundou-se sobre a categorização dos sexos e, e sob o argumento da existência de atributos biológicos, conferiu-se aos sujeitos características femininas e masculinas com papéis específicos a serem desempenhados por cada um deles, o que conceitualmente atribuiu-se o termo gênero (BUTLER, 2016).

Face a essa divisão, as pessoas foram classificadas em cisgêneras, que são aquelas que o sexo biológico é condizente ao gênero que lhe foi atribuído no momento do nascimento (SILVA, 2019) e transgêneras, termo compreendido como a disparidade entre a identidade de gênero e o sexo do nascimento, incluindo-se neste grupo transexuais, travestis e outras expressões identitárias relacionadas à diversidade de gênero (BRASIL, 2020).

A Organização Mundial de Saúde (OMS), responsável por elaborar a Classificação Internacional de Doenças (CID), por um longo período de tempo, caracterizou a transexualidade como sendo uma doença mental, corroborando para um cenário excludente e pejorativo para com as pessoas que possuem essa característica. Após discussões interdisciplinares e descobertas científicas, observou-se que tal classificação era indevida, ao passo que na nova versão da Classificação Internacional de Doenças, a CID 11, a transexualidade passou a ser designada como incongruência de gênero compondo um novo capítulo relacionado a saúde sexual (OMS, 2018).

Tal conduta contribui para diminuição do estigma que envolve as pessoas que possuem essa característica sem alterar o acesso a tratamentos de saúde, vez que, assim como outras individualidades, como a gravidez, há a necessidade de acompanhamento médico para o desenvolvimento sadio do indivíduo. A existência de um código específico na Classificação Internacional de Doenças possibilita a melhor administração de recursos públicos, bem como a referência para os profissionais de saúde.

Apesar das evoluções científicas e jurídicas demonstrarem que a identidade de gênero é uma questão de autodeterminação do indivíduo e que os papéis socialmente impostos para cada sexo não são absolutos, a sociedade ainda acredita que os

conceitos gênero, sexo e sexualidade são indissociáveis e resultantes de uma ordem biológica compulsória (BUTLER, 2016). Por consequência, estabeleceu-se a heteronormatividade como regra e transgredir os papéis de gênero socialmente impostos significa romper com a dicotomia masculino/feminino na qual as relações sociais se estruturam.

Um fato que exemplifica esse contexto é o da patinadora artística Maria Joaquina que, no ano de 2019, se viu impedida de participar do Campeonato Sul-Americano de Patinação Artística pelo fato de ser uma criança transexual e seus documentos de identidade, à época, não serem condizentes com o gênero que ela se identificava (STABILE; VASCONCELOS, 2019).

Ao negar a Maria Joaquina o direito de participação no campeonato, a Confederação Sul-Americana de Patinação reforça a ideia de que existe uma dicotomia entre os gêneros – masculino/feminino - e que, em prol da sociedade, essa deve prevalecer sobre outros direitos do indivíduo.

Face a esse contexto, questiona-se: Quais as justificativas da comissão esportiva para que Maria Joaquina não pudesse competir junto às outras meninas? Quais as consequências subjetivas dessa decisão para a vida de Maria Joaquina? Houve ofensa a higidez psicológica da criança? Qual a sensação experimentada por Maria Joaquina ao ser impedida de competir junto as outras meninas? Será que conseguimos mensurar essas consequências na vida de Maria Joaquina?

A presente pesquisa tem por finalidade analisar o caso Maria Joaquina de maneira crítica, confrontando-o com pesquisas recentes acerca da qualidade de vida de crianças transgêneras e com estudos relacionados a práticas esportivas por pessoas transexuais. Tudo isso com substrato na vertente jurídico-dogmática que por sua vez possui o raciocínio indutivo-dedutivo (GUSTIN; DIAS, 2013).

1. MENINA TRANS É IMPEDIDA DE PARTICIPAR DO CAMPEONATO SUL-AMERICANO DE PATINAÇÃO ARTÍSTICA: O CASO MARIA JOAQUINA

No ano de 2019, a cidade de Joinville, Santa Catarina, foi escolhida para sediar o Campeonato Sul-Americano de Patinação Artística. Entre os dias 19 e 30 de abril do referido ano, 1.250 atletas, vindos de oito países da América Latina, foram divididos

entre as categorias Infantil, Juvenil e Sênior realizando suas apresentações para um público de aproximadamente 5 mil espectadores (JUSTINA, 2019).

As entidades responsáveis pela realização do evento foram a Confederação sul-americana de patinação, a World Skate América, a confederação Brasileira de Hóquei e Patinação, a Federação Catarinense de Patinação Artística, com apoio da Prefeitura de Joinville, por meio da Secretaria de Cultura e Turismo (Secult) e do Joinville e Região Convention & Visitors Bureau (JUSTINA, 2019).

Maria Joaquina Cavalcanti Reikdal, atleta transexual, à época com 11 anos de idade, tinha o aval da Confederação Brasileira para competir entre as meninas, tanto na disputa estadual do Paraná quanto no nacional, oportunidade em que foi vice-campeã e conquistou uma vaga para o Campeonato Sul-americano de Patinação Artística (STABILE; VASCONCELOS, 2019).

Todavia, a convocação da atleta para o evento foi ignorada pela Confederação Brasileira de Hóquei e Patinação. No dia 01 de abril de 2019, a Confederação Sul-americana de Patinação Artística comunicou aos responsáveis pela atleta que ela não poderia participar do evento uma vez que, de acordo com os estatutos vigentes, as inscrições baseavam-se nos documentos de identidade da competidora, que deveriam confirmar a categoria a qual pertenceria. Ao final afirmaram “Tal conceito não é passível de contestação, uma vez que segue os mesmos critérios da Federação Continental de Patinagem, World Skate América e da Federação Internacional de Patinagem e World Skate” (STABILE; VASCONCELOS, 2019).

A época dos fatos, Maria Joaquina pleiteava judicialmente o direito de alteração de seu nome, sexo e gênero em seu registro de nascimento pois a ordem judicial era um requisito indispensável à retificação do registro civil de pessoas transgêneras.

Irresignado com a decisão, Gustavo Cavalcanti, pai de Maria Joaquina, buscou solucionar o empasse junto a World Skate. Direcionou um e-mail à organização, iniciando-o com a seguinte frase: “antes de mais nada, a Federação Internacional tem por obrigação concordar em aceitar atletas transgêneros [...]” (STABILE; VASCONCELOS, 2019), obtendo como resposta:

Você coloca uma situação interessante. Como você diz, níveis de testosterona são uma questão importante. Na transição de feminino para masculino, só é necessário manter os níveis normais de testosterona para um homem. Masculino para feminino é um pouco mais complicado. A política

mundial de skate trabalha alinhada aos requisitos do IOC (Confederação Olímpica Internacional, na sigla em português COI) e os níveis de testosterona devem ser menores que 5nmol/L por pelo menos 12 meses antes da competição. Além dos níveis de testosterona, há outras normas e condições que atletas precisam aceitar”, finaliza a organização (STABILE; VASCONCELOS, 2019).

Em entrevista aos jornalistas Arthur Stabile e Caê Vasconcelos (2019), o pai da atleta afirmou que o nível de testosterona no sangue da filha estavam em 0,5 nmol/L de sangue, oportunidade que a comparou com Talia, sua irmã e filha mais nova do casal, de 9 anos que apresenta 0,7 nmol/L de sangue. Ou seja, a atleta estava dentro dos níveis exigidos pelo COI – Confederação Olímpica Internacional às atletas transgêneras.

Assim, diante da evidência de que Maria Joaquina estava sofrendo a violação de seu direito de participação no Campeonato Sul-americano de Patinação Artística, seus responsáveis ingressaram com a ação junto ao poder judiciário face a Confederação Sul-americana de Patinação e a Confederação Brasileira de Hóquei e Patinação, afim de garantir a presença da criança no referido evento.

Em 11 de abril de 2019, a 2ª Vara Cível da Comarca de São Paulo expediu uma decisão garantindo a participação de Maria Joaquina no campeonato. Devidamente intimada somente às vésperas do início da competição, no dia 18 de abril de 2019, a requerida CBHP - Confederação Brasileira de Hóquei e Patinação apresentou recurso contra a decisão, oportunidade onde Egrégio Tribunal de Justiça do estado de São Paulo (TJ/SP), em agravo de instrumento, reputou incompetente a justiça bandeirante (VASCONCELOS, 2019).

Mesmo com a interposição do recurso e a falta de tempo hábil para o prosseguimento do processo, os pais de Maria Joaquina não desistiram de continuar a luta pela presença da filha no campeonato. No dia 21 de abril de 2019, o STJ, por meio do Ministro Napoleão Maia Nunes Junior na análise do Conflito de Competência nº 165.232 - SP (2019/0111061-4), autorizou a participação de Maria Joaquina na competição, cuja ementa da decisão transcreve-se abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO AJUIZADA PERANTE A DIGNA JUSTIÇA ESTADUAL PAULISTA POR PESSOA FÍSICA, CONTRA DUAS ENTIDADES DESPORTIVAS DE DIREITO PRIVADO. DECISÃO DO EGRÉGIO TJ/SP, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, NA QUAL SE REPUTOU INCOMPETENTE A JUSTIÇA

BANDEIRANTE, CONSIDERANDO COMPETENTE A JUSTIÇA FEDERAL. NO ENTANTO, SEGUNDO ENTENDIMENTO DESTE TRIBUNAL SUPERIOR ACERCA DA COMPETÊNCIA RESTRITIVA DA JUSTIÇA FEDERAL, VERIFICA-SE QUE NÃO HÁ ENTE PÚBLICO FEDERAL OU ORGANISMO INTERNACIONAL NO POLO PASSIVO DA DEMANDA ORIGINÁRIA, MOTIVO PELO QUAL NÃO É COMPETENTE A JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR A DITA AÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO E DECIDIDO, PARA DEFERIR MEDIDA LIMINAR, DECLARANDO COMPETENTE, EM CARÁTER PROVISÓRIO, O DOUTO JUÍZO ESTADUAL PAULISTA, ORA SUSCITADO, MAS, OBVIAMENTE, SEM A EMISSÃO DE QUALQUER PRONUNCIAMENTO QUANTO AO MÉRITO DA DEMANDA (BRASIL, 2019).

Todavia, o dilema enfrentado por Maria Joaquina não se limitaria a conseguir o direito de participar do evento. Como a decisão do STJ foi publicada somente no dia 21 de abril de 2019, Maria Joaquina perdeu alguns momentos importantes do campeonato, como a foto oficial, tirada no dia 18 de abril de 2019 e o reconhecimento da pista, realizado no dia 19 de abril de 2019.

A equipe técnica da atleta buscou meios para solucionar esses problemas e garantir a atleta o mesmo tratamento dado as demais participantes. Solicitaram, então, 10 minutos para que ela fizesse o reconhecimento da pista, porém o pedido foi negado o que afetou significativamente seu desenvolvimento na competição (VASCONCELOS, 2019).

Além de não ter o direito de reconhecer a pista, Maria Joaquina também não pode usar o uniforme da Seleção Brasileira de Patinação como estavam as outras patinadoras. Segundo relatos de Gustavo Cavalcanti, o uniforme da seleção teria que ser comprado pelas participantes o que só foi autorizado após a convocação. Como sua filha foi impedida, em um primeiro momento, de participar da competição seu uniforme não foi confeccionado. Após a determinação judicial, a organização se comprometeu a providenciar um uniforme para a criança, mas não o fizeram e tampouco se prontificaram a apresentar outra solução (VASCONCELOS, 2019).

As competições tiveram início no dia 22 de abril de 2019 e, de acordo com a ordem de saída (ordem de apresentação) divulgada pela organização do evento no dia 17 de abril de 2019, Maria Joaquina seria a última atleta a se apresentar naquela data (CSP, 2019). Porém, já no local, a atleta foi surpreendida e recolocada na primeira posição e comunicada do fato 10 (dez) minutos antes da apresentação (VASCONCELOS, 2019).

Segundo Gustavo Cavalcanti, sentindo a pressão e sem entender porque não estava usando o uniforme como as colegas, Maria Joaquina entrou na pista de patinação por volta das 7h40 chorando e após a competição sentiu-se derrotada (VASCONCELOS, 2019).

Sabe-se que a transexualidade pode ser identificada ainda na infância, sendo que toda e qualquer demora em seu reconhecimento pode se mostrar extremamente prejudicial para o pleno desenvolvimento do indivíduo. Apesar do efetivo benefício do reconhecimento precoce da incongruência de gênero é comum que o sujeito venha a sentir as afrontas daí decorrentes como a marginalização de seus direitos em razão de sua identidade de gênero.

Toda a situação vivenciada por Maria Joaquina, questões judiciais, seu registro civil não ser condizente com o gênero e sexo que ela se sente pertencente, o não uso do uniforme do evento, sua ausência na foto oficial e, por fim, sua participação conturbada no campeonato, foram geradas por discordâncias acerca de sua identidade de gênero, consequência da heteronormatividade compulsória existente na sociedade que acaba por relativizar os direitos daqueles que com ela não se identificam.

Tal situação é um exemplo do que pessoas transgêneras são submetidas por não atenderem as expectativas sociais. No fato acima narrado existe ainda uma agravante, a idade de Maria Joaquina que aos seus 11 anos de vida se vê socialmente rejeitada e privada de desfrutar de algo tão significativo para ela, a participação em competições de patinação artística.

Em entrevista a criança relatou: “Eu gosto de patinar, mas o que eu mais gosto é de competir contra outras pessoas” (STABILE; VASCONCELOS, 2019). As consequências negativas daí resultantes podem influenciar significativamente na qualidade de vida da criança, o que será melhor abordado no tópico seguinte.

2. OS EFEITOS DA MARGINALIZAÇÃO NO DESENVOLVIMENTO DE CRIANÇAS TRANSGÊNERAS

O caso acima narrado é um exemplo da marginalização experimentada por pessoas que se identificam como transexuais. Nessa conjuntura um ponto que merece

destaque e exige maior investigação, diz respeito às crianças que possuem essa característica e que desde a mais tenra idade vivenciam as afrontas daí decorrentes, resultando em uma perda significativa na qualidade de vida e com efeitos negativos que se prolongam no tempo.

O Direito, como ciência social aplicada que se baseia em métodos paradigmáticos, não possui mecanismos suficientes para os estudos ligados às identidades de gênero, razão pela qual faz-se necessário ampliar os meios de interpretação e a maneira de fazê-la, para tanto, busca-se o diálogo interdisciplinar.

A partir de um estudo qualitativo e quantitativo acerca da qualidade de vida de crianças e adolescentes transexuais, Fernanda Karla Nascimento (2019), mestra em Ciências, afirma que para crianças que possuem essa característica o respeito e o reconhecimento dos amigos e familiares se mostra de extrema importância, sendo fator determinante para saúde mental e aspectos sociais de suas vidas.

O reconhecimento social da identidade trans, para as crianças, proporciona um maior conforto psíquico no processo de construção de sua identidade. O reconhecimento de seus pares age positivamente na qualidade de vida o que influenciará significativamente sua vida adulta.

Lado outro, se expostas a situações de estigma, preconceito, violência simbólica, verbal, física e exclusão, a tendência é que as crianças transgêneras optem por não contar a ninguém sobre a transexualidade por sentirem medo de vivenciar esses sentimentos (NASCIMENTO, 2019).

Maria Joaquina foi adotada, junto com seus irmãos Talia e Carlos, por Gustavo Cavalcanti e Cleber Reikdal. Em um primeiro momento, o casal não conseguiu identificar as reais necessidades da criança no que se refere a sua identidade de gênero, somente após receberem a ajuda de uma psicóloga entenderam que Maria Joaquina se identificava como sendo transexual (VASCONCELOS, 2020).

Em entrevista veiculada pela Ponte Jornalismo, organização sem fins lucrativos, criada para defender os direitos humanos por meio do jornalismo, Gustavo Cavalcanti em um relato sobre a filha, explica que foi nítida a mudança comportamental da criança após os familiares e amigos passarem a respeitar identidade de gênero com a qual ela se identifica:

Antes da transição, Maria não se olhava no espelho, não interagia com a família, apesar de demonstrar carinho e afeto, e tinha um olhar triste. Sempre que publicávamos fotos dos três e a minha mãe, que mora no Nordeste, perguntava da cara de triste da Maria e não sabíamos dizer o que era. Era criança, mas tinha um olhar triste. São duas crianças distintas antes e depois do diagnóstico (STABILE; VASCONCELOS, 2019).

Gustavo Cavalcanti destacou, ainda, a paixão que Maria sente pela patinação, mas que ela se vê amedrontada diante da possibilidade – cada vez mais evidente – de rejeição em razão de sua identidade trans, o que lhe causa grande sofrimento:

[..] ela ama patinação, vem do colégio e entra na patinação direto, é onde ela pode ser o que ela é. O sofrimento dela hoje é de achar que as pessoas possam não gostar dela porque era menino, embora seja muito segura de ser uma menina trans. Cada vez fica mais forte a identidade dela (STABILE; VASCONCELOS, 2019).

Maria Joaquina afirmou à Ponte Jornalismo: “Se não fossem meus pais e meus irmãos eu acho que não seria uma menina trans” (VASCONCELOS, 2020), mostrando a importância do seio familiar no processo de autorreconhecimento e formação identitária de crianças transgêneras. Fernanda Karla Nascimento (2019) afirma, com base nos ensinamentos de Borges (2007), que “a família é o primeiro meio social de convivência durante a infância, caracterizado como socialização primária, momento em que se inicia a construção identitária”.

Porém, fora do ambiente familiar crianças transgêneras, assim com as demais pessoas que possuem essa característica, são condicionadas ao ostracismo tendo que optar entre o exercício de direitos, como o que ocorre com a prática esportiva, face aos direitos da personalidade.

Observando os relatos de Maria Joaquina e de seus familiares, percebe-se que a batalha travada para que a criança pudesse competir em campeonatos de patinação artística não era pelo evento em si, mas sim por uma questão de afirmação de sua existência perante a sociedade. afirmou Gustavo Cavalcanti à Ponte:

Não é fácil, a gente briga para que ela exista socialmente. Se a gente não faz isso, ela não existe. No colégio, ela viraria menino porque chamariam pelo nome de registro. Ser pai de uma criança trans é uma luta diária, não consigo nem sequer viajar sem brigar, acham que estou raptando ela. As pessoas veem o documento e perguntam: Cadê ‘ele?’. É um constrangimento todo dia [...] é uma luta dela, é uma luta da nossa família, é uma luta da nossa existência para dizer que a Maria existe (STABILE; VASCONCELOS, 2019).

Na mesma entrevista Gustavo Cavalcanti explicou que em outro campeonato, o Campeonato Paranaense de Patinação, Maria Joaquina foi privada de participar do evento porque a organização, por se tratar de um assunto novo, preferiu se omitir quanto a possibilidade da participação de uma atleta transexual: “Ela não pôde competir, não garantiram se a chamariam, se deixariam ela competir no masculino ou feminino. Apontaram que, como é um assunto novo, não iriam opinar” (STABILE; VASCONCELOS, 2019).

É evidente que as limitações impostas a Maria Joaquina quanto a práticas esportivas junto a outras meninas são experiências que impactam negativamente seu desenvolvimento psíquico, contribuindo sobremaneira para uma qualidade de vida ruim.

Apesar da criança estar inserida em um ambiente familiar que lhe proporciona uma estrutura para um desenvolvimento sadio, ao passar para outros níveis de socialização Maria Joaquina vê-se impedida de vivenciar sua identidade de gênero em todas as esferas de sua vida, sendo forçada a adequar-se as normas socialmente impostas que seguem uma ordem compulsória entre sexo, gênero e sexualidade.

Nesse sentido, importante argumentar que a presença de atletas trans em ambientes esportivos é uma proposta disruptiva da binariedade e da norma heterocissexista. Por isso, importante trazer à baila os possíveis fatores que operam a exclusão sistemática e estrutural das pessoas trans no ambiente esportivo, além dos critérios hormonais e de fisionomia biológica.

Wagner Xavier Camargo e Cláudia Samuel Kessler (2017) dedicaram-se a compreender as performances esportivas para além do masculino/feminino. Os autores propuseram uma reflexão sobre a alteridade presente no campo esportivo e, para tanto, partiram dos corpos que passaram por diferentes processos de transformação.

Tomando por base questões ligadas ao gênero, a sexualidade e a deficiência, os autores problematizaram a construção do conhecimento e a gestão política dos usos dos corpos em performances de alto rendimento atlético.

Os autores questionaram a presença de corpos dissonantes no esporte e destacaram como uma das consequências daí resultante a subcategorização desses

sujeitos, que são colocados em um status inferior e deslegitimado. Veja-se:

Via de regra, o mundo (masculino) dos esportes lida, na superficialidade, com os limites do binário “masculino/feminino” e despreza a alteridade apresentada por corpos outros. De um lado, deixa às mulheres atletas a difícil tarefa de se destacarem em meio às “práticas viris” e, de outro, realoca corpos “malformados”, “amputados” e corpos em “transição de gênero” (como também corpos hormonizados) em subcategorias, com *status* inferior e deslegitimados perante o ambiente instituído da virilidade, da eficácia e da heteronormatividade (CAMARGO; KESSLER, 2017).

Camargo e Kessler (2017) destacam a existência de competições esportivas destinadas exclusivamente ao público LGBT e afirmam que “a própria existência dos jogos e competições esportivas para sujeitos não heterossexuais dentro do sistema esportivo global tensiona o binarismo de gênero a que o esporte sempre se filiou” (CAMARGO; KESSLER, 2017).

Afirma-se, ainda, que o esporte se mostra como uma das instituições mais eficazes na segregação de sexos e na manutenção do binarismo de gênero nas sociedades modernas e que se houve progressos em áreas como direitos civis, saúde e visibilidade para essa população, isso não aplica a práticas esportivas (CAMARGO; KESSLER, 2017).

As discussões acerca da participação de transexuais em competições esportivas giram em torno, principalmente, do direito de mulheres transexuais integrarem equipes femininas, sob o argumento de que elas, biologicamente, são homens, o que lhes dariam vantagens no desenvolvimento esportivo, fato que não seria modificado com poucos anos de transição hormonal (MACHADO; COSTA, 2019).

Diante desse contexto, as organizações esportivas colocam restrições às pessoas transgêneras como requisitos para participação em eventos esportivos. De acordo com a decisão mais recente do Confederação Olímpica Internacional (COI), homens trans podem participar de competições masculinas sem restrições. Já as mulheres trans precisam atender a condições específicas, quais sejam: ter realizado a transição de gênero, sem a necessidade de cirurgia de redesignação sexual, manter o nível de testosterona abaixo de 10 nmol/L de sangue durante 12 meses antes da competição (BRASIL, 2019a).

Ocorre que, de acordo com levantamento bibliográfico realizado por Bethany

Alice Jones, Jon Arcelus, Walter Pierre Bouman e Emma Haycraft (2016), pesquisas acerca das vantagens aléticas dos indivíduos transexuais femininos ou masculinos não são precisas e, portanto, políticas esportivas competitivas que colocam restrições sobre as pessoas trans precisam ser reconsideradas e potencialmente revisadas, isso porque, em sua maioria, as restrições não são baseadas em dados científicos.

Assim, percebe-se que o ambiente esportivo é marcado como um espaço de segregação de gênero, além de corroborar para a manutenção de binarismos, haja vista que a sociabilidade nesses espaços generifica tanto questões ligadas às *performances* esportivas quanto os “lugares” sociais que os sujeitos creem que “devem” ocupar (CAMARGO; KESSLER, 2017).

Conforme exposto no decorrer do texto, no campo esportivo, sobretudo, em relação ao caso proposto a analisar, qual seja, de Maria Joaquina, as subjetividades rompem com a linearidade e impactam a construção de uma comunidade esportiva mais inclusiva, seja em modalidades como a patinação ou quaisquer outras. Esses corpos atléticos apresentam uma cartografia corporal não normativa, que postula fronteiras mais permeáveis ou flexíveis, destacando a necessidade de superação de limites impostos, até mesmo pelo próprio corpo. A necessidade instaurada de superação de tais limites (sejam eles quais forem) advém da própria subjetividade em transformação, a partir de experiências, desejos, desafios e mesmo das demandas do corpo (CAMARGO; KESSLER, 2017).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Culturalmente, as sociedades são organizadas a partir da divisão dicotômica entre os sexos masculino e feminino com papéis pré-determinados para cada sexo. Como reflexo dessa estruturação, estabeleceu-se uma ordem compulsória entre sexo, gênero e sexualidade.

Diante das evoluções sociais e científicas constatou-se que os papéis impostos a cada gênero não são absolutos e o sujeito possui a liberdade de se identificar, ou não, com tais características. O Estado brasileiro já reconhece a identidade de gênero como sendo um direito da personalidade, porém, diante das expectativas sociais fundadas no binarismo de gênero, esse direito vem sendo relativizado. Da análise do

caso Maria Joaquina é possível identificar esse tal contexto.

Em um primeiro momento a participação da atleta transgênera no Campeonato Sul-americano de Patinação Artística ficou condicionada a sua adequação as expectativas sociais no que diz respeito a sua identidade de gênero. Ou seja, a presença de Maria Joaquina no evento só seria aceita caso ela competisse na categoria condizente ao gênero que lhe foi imposto no momento do nascimento.

Em que pese o Estado brasileiro ter garantido a atleta a participação no campeonato na categoria condizente ao gênero que ela se identificava, não houve o reconhecimento pleno de Maria Joaquina enquanto sujeito de direito, tendo em vista que mesmo estando sob a proteção judicial ela vivenciou situações que ofenderam sua integridade psicológica.

O não reconhecimento da identidade de gênero de Maria Joaquina por parte da Confederação Sul-americana de Patinação, acarretou em um desdobramento de fatos negativos à atleta, que influenciaram significativamente seu desempenho. Se para uma pessoa cisgênera a não utilização de um uniforme é tido como um simples intercorrência, para a atleta trans isso se traduziu na reafirmação de ela não deveria estar presente no local, que ela não representa aquele evento, conforme se extraí das declarações de Maria Joaquina e de seus familiares.

Isso é reflexo das invisibilidades que atingem as pessoas transgêneras e que, quando analisada no ambiente esportivo, se mostra de maneira mais acentuada. Afirma, sem a devida fundamentação científica, que corpos dissonantes não devem estar presentes em eventos esportivos, acaba por eliminar a característica inclusiva do esporte e por retirar de pessoas transgêneras mais uma possibilidade de socialização.

Assim, da análise do caso concreto nota-se que em situações em que há a afronta de direitos das pessoas transgêneras, a intervenção Estatal, apenas na esfera do judiciário, não é capaz, por si só, de efetivar o reconhecimento desses indivíduos. Apura-se a necessidade da intensificação na educação da sociedade quanto ao rompimento da heteronormatividade e o reconhecimento das liberdades individuais dos sujeitos no que se refere a identidade de gênero, não devendo uma característica pessoal ser justificativa para relativização de direitos.

Portanto, defende-se que a presença de pessoas trans como atletas inseridas

em competições esportivas tem uma enorme significância simbólica acerca da representação desses sujeitos incorporados no meio social, uma vez que esses espaços deveriam ser interpretados como inclusivos e facilitadores ao processo de socialização e visibilidade dessa parcela atlética em específico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Brasil de Fato. **Comitê Olímpico ainda não definiu as regras para inclusão de pessoas transgênero**. Recife/PE, 01 de outubro de 2019a. Disponível em: [<https://www.brasildefatope.com.br/2019/10/01/comite-olimpico-ainda-nao-definiu-as-regras-para-inclusao-de-pessoas-transgenero>]. Acesso em 02 de abril de 2021.

BRASIL. Resolução nº 2.265, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre o cuidado específico à pessoa com incongruência de gênero ou transgênero e revoga a Resolução CFM nº 1.955/2010. **Diário Oficial da União**, Brasília, 09 de janeiro de 2020. Disponível em: [<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2265>] Acesso em 24 de março de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 165.232 - SP (2019/0111061-4). Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em 21 de abril de 2019. Publicado no **DJe** em 21 de abril de 2019. Disponível em: [https://drive.google.com/file/d/1UY5vcbMlaKuKC-nrxn_6qdL2JrW3FMtt/view]. Acesso em: 28 de março de 2021.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero: Feminismo e subversão da identidade**. 17ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CAMARGO, Wagner Xavier; KESSLER, Cláudia Samuel. **Além do masculino/feminino: gênero, sexualidade, tecnologia e performance no esporte sob perspectiva crítica**. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 23, n. 47, p. 191-225, jan./abr. 2017

CSP – CONFEDERACIÓN SUDAMERICANA DE PATINAJE. Campeonato Sudamericano de Patinaje Artístico. Ordem de Salida: Admin. Ordem de Salida sorteada electronicamente em: 09/04/2019. Publicado em 17 de abril de 2019. Disponível em: [<https://drive.google.com/file/d/1EKeEMuA9tQ6qBepcgHr2u4eya1PMD6yq/view>]. Acesso em: 28 de março de 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4 ed. rev. e atual.- Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

JONES, Alice; ARCELUS, Jon; BOUMAN, Walter Pierre; HAYCRAFT, Emma. **Sport**

and Transgender People: A Systematic Review of the Literature Relating to Sport Participation and Competitive Sport Policies. Sports Medicine (Auckland, N.z.). v. 47(4), p. 701–716, out/2016. Disponível em: [https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5357259/]. Acesso em: 20 de maio de 2021.

JUSTINA, Patrícia Della. **Joinville sedia Campeonato Sul-americano de Patinação Artística.** NSC Total. Publicado em 19 de abril de 2019. Disponível em: [https://www.nscototal.com.br/noticias/joinville-sedia-campeonato-sul-americano-de-patinacao-artistica]. Acesso em: 27 de março de 2021.

MACHADO, Anna Cristina Alvares Ribeiro; COSTA, Alfredo. **Guia de Estudos: Comitê Olímpico Internacional (COI).** IFMundo 2019. Simulação da ONU no Instituto Federal do Norte de Minas Gerais. Disponível em: [http://ifmundo.ifnmg.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/Guia-de-Estudos-COI_v5.pdf]. Acesso em: 03 de abril de 2021.

MACHADO, Ednilson Donisete; JUNIOR, Marco Antonio Turatti. **O papel do Estado na inclusão de atletas transexuais no esporte à luz da Teoria do Reconhecimento Social.** Revista de Gênero, Sexualidade e Direito. Salvador, v. 4, n. 1, p. 22 – 42, Jan/Jun. 2018.

NASCIMENTO, Fernanda Karla. **Crianças e adolescentes transexuais brasileiros: atributos associados à qualidade de vida.** Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto/USP. Área de concentração: Enfermagem em Saúde Pública. Ribeirão Preto, 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **OMS divulga nova Classificação Internacional de Doenças (CID 11).** Publicado em 18 de junho de 2018. Disponível em [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5702:oms-divulga-nova-classificacao-internacional-de-doencas-cid-11&Itemid=875]. Acesso em 24 de março de 2020.

SILVA, Jéssica de Paula Bueno. **O reconhecimento das pessoas trans [manuscrito]: uma análise do poder de emancipação ou institucionalização do direito sob a perspectiva de Axel Honneth /Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Ouro Preto. Escola de Direito, Turismo e Museologia. Departamento de Direito. Programa de Pós-Graduação Novos Direitos, Novos Sujeitos, 2019.**

STABILE, Arthur; VASCONCELOS, Caê. **Criança trans é impedida de participar de competição internacional de patinação.** Ponte Jornalismo. Publicado em 09 de março de 2019. Disponível em: [https://ponte.org/crianca-trans-e-impedida-de-participar-de-competicao-internacional-de-patinacao-artistica/]. Acesso em 25 de março de 2021.

VASCONCELOS, Caê. **Criança trans, impedida de competir, participa de torneio após decisão do STJ.** Ponte Jornalismo. Publicado em 24 de abril de 2019. Disponível em: [https://ponte.org/crianca-trans-impedida-de-competir-participa-de-



torneio-apos-decisao-do-stj/]. Acesso em: 28 de março de 2021.

VASCONCELOS, Caê. **Dois pais, três filhos e muito amor: “nossa família existe”**. Ponte Jornalismo. Publicado em 09 de agosto de 2020. Disponível em: [<https://ponte.org/dois-pais-tres-filhos-e-muito-amor-nossa-familia-existe/>] Acesso em: 01 de abril de 2021.

INCLUSÃO DOS SURDOS NA EDUCAÇÃO: ANÁLISE À LUZ DO DOCUMENTÁRIO “AS BORBOLETAS DE ZAGORSK”

Guilherme Luiz Leão Boelsums¹

Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende²

Maria Luiza Guimarães Dias dos Santos³

RESUMO: A presente pesquisa busca analisar a proteção as pessoas com deficiência, verificando os desafios da inclusão dos surdos na educação, com o objetivo principal de demonstrar a importância das políticas públicas, tendo com paradigma o documentário “As Borboletas de Zagorsk”. Apesar dos significativos avanços em âmbito internacional, regional e interno, as pessoas com deficiência tem enfrentado, na prática, ainda muitos desafios. Diante desse contexto, busca-se demonstrar a importância da implementação de políticas públicas que garantam os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. A metodologia será descritivo-analítica, com base na pesquisa bibliográfica e documental, utilizando o método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: pessoas com deficiência; surdos; inclusão social; educação.

ABSTRACT: This research aims to analyze the protection of disabled people, verifying the challenges of including deaf people in education, in order to demonstrate the importance of public policies, having as a paradigm the documentary “The butterflies of Zagorsk”. Besides of the greats advance in international, regional, and national ambit, disabled people have encountered, in practice, many challenges yet. In face of this context, the goal is to demonstrate the importance of implement public policies to guarantee the fundamental rights and human person dignity. The methodology will be analytic-descriptive, based in bibliographic and documental research, using the deductive method.

KEYWORDS: disabled people; deaf; social inclusion; education;

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (1979). Professor na Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete. Subcoordenador de Estágio e Orientador no Núcleo de Prática Jurídica - NPJ/FDCL. Advogado na área Cível. Presidente da 2ª Subseção da OAB/MG.

² Doutoranda pela Escola Superior Dom Helder Câmara-MG. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna - MG. Professora na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete-MG. Advogada. E-mail: juliethmatosinhos@yahoo.com.br

³ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDCL. Mestranda em física pela Universidade Federal de São João del Rei – UFSJ. Graduada em Física pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e tecnologia de Minas Gerais – IFMG Campus Congonhas. E-mail: luizaguimaraes1998@gmail.com.

INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência, ao longo da história da humanidade e em diferentes partes do mundo, passaram por diversas violações dos direitos humanos, sendo em muitos momentos ignoradas e, até mesmo, sendo a deficiência, considerada como uma impureza ou como um castigo divino. Com o tempo e, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade internacional passou a repensar sobre a proteção e garantia dos direitos humanos. Assim, com o fortalecimento da Organização das Nações Unidas (ONU), o tema direitos humanos foi se fortalecendo e assumindo a devida importância.

A sociedade internacional começou a criar mecanismos de defesa dos direitos humanos e nesse contexto, a proteção às pessoas com deficiência foi ganhando maior visibilidade e reconhecimento. Com isso, o tema tem se desenvolvido nas últimas décadas, tanto em âmbito global, nos sistemas regionais e na proteção interna de muitos países. Diante desse cenário, a sociedade internacional tem buscado estabelecer proteção a esse conjunto de pessoas. Assim, em âmbito internacional e, também, nos sistemas regionais, é possível verificar importantes conquistas que contribuíram para evolução do tema. Mas como se sabe, é em âmbito interno que essa proteção deve ser, realmente, efetivada.

Assim, os Estados são chamados a assumirem suas responsabilidades, em diálogo com as diretrizes internacionais. Isso exige por parte do Estado uma atuação pautada na criação, ampliação e implementação de políticas públicas adequadas. No Brasil, a promulgação da Constituição Federal em 1988 representa um avanço na história do país no que concerne a luta da sociedade pela proteção aos direitos fundamentais. O que demonstra o importante papel da sociedade. Nesse contexto, a aprovação da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, Estatuto da Pessoa com Deficiência, também, demonstra o resultado dessa conquista social. No entanto, apesar das conquistas internacionais, regionais e interna de proteção, as pessoas com deficiência tem enfrentado, ao longo de todo esse processo de reconhecimento e regulamentação, diversas formas de violação aos seus direitos fundamentais e a sua dignidade.

Dessa forma, mesmo tendo uma legislação específica, na prática, há ainda

muitos desafios no Brasil, até mesmo quando se trata de acesso à direitos básicos, garantidos constitucionalmente, como educação. Dentro desse contexto, este estudo tem como intuito analisar os desafios no Brasil no que concerne à inclusão dos surdos na educação, com objetivo principal de demonstrar a importância das políticas públicas, tendo como paradigma o documentário “As Borboletas de Zagorsk”.

A presente pesquisa será dividida em três momentos. No primeiro momento, para contextualizar o tema, será analisado a proteção as pessoas com deficiência em âmbito internacional, regional e interno. No segundo momento, será analisado os desafios com relação a inclusão dos surdos na educação. Ao final, será apresentado o documentário “As Borboletas de Zagorsk” para demonstrar que é possível se alcançar importantes resultados, quando há um compromisso dos atores envolvidos nesse processo de inclusão, pautadas em políticas públicas adequadas.

As pessoas com deficiência necessitam de uma atuação efetiva por parte do Estado, de forma a garantir os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Sendo assim, justifica-se a análise do tema devido a sua relevância jurídica e social. Trata-se de um tema atual e que demanda muitas reflexões, pautado no interesse social e jurídico. Um estudo que deve interessar, portanto, aqueles que se preocupam com os direitos humanos e os desafios que envolvem a proteção das pessoas com deficiência. A metodologia será descritivo-analítica. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O método utilizado será o dedutivo.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROTEÇÃO INTERNACIONAL, REGIONAL E INTERNA ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Primeiramente, cabe destacar que o presente estudo utilizará a expressão “pessoas com deficiência”, justamente porque outras expressões como “pessoa com necessidades especiais” ou “portadora de deficiência”, já não estão mais em coerência com as diretrizes atuais. A expressão “pessoas com necessidades especiais” não deve ser utilizada, pois nem todas as pessoas com necessidades especiais têm obrigatoriamente uma deficiência, exemplo disso é que crianças, gestantes e idosos têm necessidades especiais e não são deficientes. Ao mesmo

passo, não se deve utilizar a expressão “portadora de deficiência”, uma vez que a condição de ter uma deficiência faz parte da pessoa.

Cabe salientar, que apesar de muitos documentos utilizarem tais expressão, como a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, além da Constituição Federal de 1988 que utiliza em vários dispositivos a expressão “pessoa portadora de deficiência”, a maioria das normas internacionais em vigor faz referência a terminologia “pessoas com deficiência”, sendo assim a expressão mais atualizada e correta.

Feitas essas considerações iniciais sobre a terminologia, cabe estabelecer o conceito de pessoas com deficiência, levando-se em consideração o estabelecido em âmbito internacional. Assim, de acordo com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

Art. 1ª Pessoas com deficiência são aquelas que tem por impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (ONU, Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência, 2007).

Nesse momento faz-se necessário destacar alguns avanços internacionais sobre a proteção das pessoas com deficiência. A Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiências Mentais foi proclamada pelas Nações Unidas em 20 de dezembro de 1971 e em 9 de dezembro de 1975 foi aprovado a Declaração de Direitos das Pessoas Deficientes. No ano de 1982 a ONU lançou o Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes, com o intuito de implementar a igualdade e participação plena das pessoas com deficiência na vida social e no desenvolvimento.

A Organização Internacional do Trabalho, também, contribuiu, de forma significativa, no que concerne aos direitos das pessoas com deficiência no âmbito trabalhista, destacando nesse contexto a Convenção nº 159 no ano de 1983 sobre reabilitação profissional e emprego de pessoas deficientes. No ano de 2001 foi aprovada a Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, representando uma importante conquista em âmbito regional.

Dentro do sistema internacional de proteção às pessoas com deficiência é

preciso destacar a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 30 de março de 2007, que entrou em vigor internacional em 3 de maio de 2008. Por fim, cabe ressaltar, que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência é considerada o instrumento internacional mais importante na proteção das pessoas com deficiência, tendo em vista que possui caráter vinculante para os Estados, impondo obrigações para os Estados.

Nesse sentido, aos Estados cabem estabelecer em âmbito interno, em diálogo com diretrizes internacionais, legislações e políticas públicas de proteção as pessoas com deficiência, garantindo os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. O art. 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência afirma que os Estados devem reconhecer que as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal com as mesmas condições de outras pessoas em todos os contextos, assegurando medidas que garantam tais direitos.

Uma grande preocupação do direito internacional nos últimos anos tem sido zelar pelos direitos das pessoas com deficiência as quais constantemente têm sofrido todo tipo de cerceamento de direitos humanos com relação a liberdade de ir e vir prejudicando pela falta de acessibilidade em locais públicos e privados e carência de plenas condições de emprego entre tantos outros. Os avanços do direito internacional relativamente ao tema têm levado também o direito interno especialmente o constitucional a zelar cada vez mais pela seleção dos direitos das pessoas com deficiência. (MAZZUOLI, 2020, p. 284).

Os Estados passam a ter o dever de adotar a devida proteção às pessoas com deficiência em seu território de acordo com as diretrizes internacionais, seja criando, ajustando, adaptando ou modificando as legislações e políticas públicas com o objetivo de alcançar a maior proteção possível. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe ao longo de seu texto de diversos direitos fundamentais que devem ser garantidos a todos, além disso, estabelece sobre a dignidade da pessoa como um de seus fundamentos. Cabe destacar também, que a Carta Magna, preceitua sobre o princípio da igualdade, que deve ser analisado sob os aspectos formal, mas sobretudo sobre o aspecto material.

Com relação à proteção específica às pessoas com deficiência, a Constituição Federal dispõe sobre a discriminação no contexto das relações de trabalho (art. 7º, inciso XXXI), garante a reserva de cargos e empregos públicos as pessoas com

deficiência (art.37, VIII) e garante a possibilidade de igual condições de aposentadoria (art.40, §4º inciso I). Os art. 23, II e art.24, XIV da Constituição Federal de 1988 versam sobre as competências da União e dos Estados membros inclusive o Distrito Federal, aquele sobre garantir assistência e proteção as pessoas com deficiências enquanto este dispõe sobre a integração social destas pessoas.

O art. 203 no inciso IV aborda sobre a reabilitação e habilitação das pessoas com deficiência e a promoção da integração dessas pessoas à comunidade, e o inciso V do mesmo artigo, garante um salário mínimo mensal à pessoa deficiente que comprovadamente não conseguem se subsistir por conta própria ou com ajuda de familiares. Por fim, cabe ressaltar que o art. 208 dispõe que o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Ainda no plano interno de proteção, pode-se destacar que o Brasil avançou sobre o tema, em diálogo com a proteção internacional foi aprovada a Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015. Conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, referida lei foi a primeira iniciativa brasileira cujo o principal objetivo foi a proteção e integração da pessoas com deficiência, sendo, assim, um marco no âmbito do direito interno.

O art. 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, estabelece que a lei visa “assegurar ea promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania” (BRASIL, Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015). Como se observa, a lei brasileira, encontra-se em diálogo com a Convenção de Direitos das Pessoas com Deficiência. O mesmo se observa, quando o Estatuto, no art.2º, utiliza da terminologia adequada e estabelece um conceito em coerência com a proteção internacional:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015).

A Lei Brasileira, além de utilizar a terminologia correta e conceituar de forma

coerentes pessoas com a deficiência, estabelece diversas medidas com o objetivo de garantir a devida proteção, como o atendimento prioritário nas instituições públicas e privadas, disposições sobre habilitação, reabilitação profissional e inclusão no trabalho, direito a transporte, mobilidade e regras de acessibilidade (BRASIL, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015). Ao cabo dessas breves considerações sobre a proteção internacional, no sistema interamericano e no Brasil, cabe nesse momento adentrar na análise dos desafios da inclusão dos surdos na educação.

2. OS DESAFIOS DA INCLUSÃO DOS SURDOS NA EDUCAÇÃO

A inclusão social é pauta recorrente no que concerne a proteção e garantia dos direitos das pessoas com deficiência. Nos últimos anos, devido à crescente preocupação da sociedade internacional, muitos esforços têm sido despendidos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro para garantir a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade, em diferentes contextos, como na educação.

Em que pese as conquistas internacionais, regionais e em âmbito interno, as pessoas com deficiência, ainda, enfrentam muitas barreiras, até mesmo com relação ao acesso à direitos básicos, como educação, que é um direito fundamental para todos os brasileiros e, por isso, deve ser garantida em sua plenitude. Nesse contexto, é preciso, inicialmente, destacar que existem vários tipos de deficiências que demandam, assim, proteções também específicas, frente aos desafios de cada uma delas, garantindo de fato a inclusão social. Portanto, busca-se ressaltar a importância de se estabelecer políticas públicas levando em consideração os diversos tipos de deficiência. Dessa forma, o presente trabalho tem como recorte, analisar os desafios da inclusão social dos surdos na educação brasileira.

Por meio de revisão bibliográfica será realizada uma análise da importância da aquisição da linguagem brasileira de sinais (Libras) e da língua portuguesa como uma segunda língua para que essas pessoas interpretem textos em português. Com isso, será apresentado a legislação vigente no que se refere ao acesso à educação no Brasil.

Segundo Strobel (2008), Fernandes e Moreira (2009), mais de 90% das crianças surdas brasileiras são filhas de pais ouvintes, o que dificulta a construção do

conhecimento desde o nascimento. A primeira barreira enfrentada pela criança surda é, portanto, no desenvolvimento da linguagem. Essa dificuldade ocorre porque a criança surda não é estimulada a desenvolver as suas habilidades linguísticas do mesmo modo que as crianças ouvintes.

Pode-se dizer, que as crianças ouvintes recebem estímulos auditivos atrelados a linguagem desde o nascimento. Por meio das brincadeiras dos pais com o bebê, por exemplo, é possível notar uma resposta da criança por meio das expressões e sons por ela emitido nesses momentos de interação, inclusive, durante o processo do balbuciar as primeiras palavras. Essas interações são fatores significativos para a construções de uma base efetiva da L1 (primeira língua ou língua materna) no intelecto da criança. É assim que as crianças aprendem a significar as coisas que compõem o mundo a sua volta.

Acontece que a criança surda, conforme afirma Gões (1996), demora muito a entrar em contato com a língua do grupo social na qual está inserida. Este contato tardio da criança com uma língua desencadeia uma série de novas barreiras para o aprendizado e, até mesmo, na inserção social destes indivíduos. Lev Vygotsky, um pensador “construtivista” enfatizou em seus estudos que a aquisição da linguagem é fundamental para a construção de novos conhecimentos.

O surdo quando não desenvolve a linguagem L1 tem o seu processo de aprendizado nas outras áreas e competências também comprometidos. Mayberry e Eichen (1991) evidenciaram por meio de seus estudos com surdos Americanos de várias idades que a aquisição tardia da língua de sinais pode gerar efeitos negativos no desempenho de alunos surdos. Estudos semelhantes foram realizados no Brasil (Lacerda, 2006 e Silva, 2015) e obtiveram a mesma conclusão, inclusive apontam que a língua de sinais deve ser a L1 dos surdos e que o português deve ser ensinado como segunda língua (L2).

Desta forma, para que o surdo brasileiro interprete bem textos em português, a língua da sociedade na qual ele está inserido, primeiramente faz-se necessário um conhecimento efetivo da língua brasileira de sinais (Libras). É relevante ressaltar que o sistema educacional brasileiro foi pensado para ensinar alunos em que a língua base de aprendizado é o português, mas a língua de aprendizado dos surdos é a libras. O que torna necessário fazer uma reflexão sobre o processo de inclusão no

sistema educacional brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe em seu art. 208, inciso III sobre o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. No entanto, a realidade brasileira é outra. Primeiro, porque o “ofertar um atendimento educacional especializado” ao aluno surdo tem-se resumido em oferecer o interprete de libras que vai traduzir os conteúdos das aulas para os estudantes surdos.

Só que a reflexão feita neste trabalho parte justamente do fato de que muitos surdos brasileiros tem sequer acesso a desenvolver a língua de sinais. E diga-se de passagem, falta no Brasil políticas públicas que instruem os pais ouvintes que tem filhos surdos (90% dos casos de pessoas surdas no Brasil) a estimularem os seus filhos a aprenderem esta língua. Além disso, cabe analisar, também, a outra parte do mesmo dispositivo que estabelece sobre “preferencialmente na rede regular de ensino”, tendo em vista a importância que os surdos saibam a língua de sinais para seu desenvolvimento e aprendizado. O que demonstra que no Brasil, não há um atendimento educacional especializado e também não há inclusão desses indivíduos de forma efetiva.

Sem interpretação o indivíduo passa a depender de outras pessoas para desenvolver atividades rotineiras, como interpretar um anúncio de mercado. Isso foi verificado pelo trabalho intitulado “Consequências da Aquisição Tardia da Língua Brasileira de Sinais na Compreensão Leitora da Língua Portuguesa, como segunda língua, em sujeitos surdos” (SILVA, 2015) publicado na Revista brasileira de educação especial.

Como salientado, a inclusão das pessoas surdas na educação mostra-se bastante desafiadora, ocorrendo, muitas vezes, como uma mera adaptação desses alunos nos ambientes educacionais regulares de ensino e, esses alunos acabam por ficar à margem do ensino. Outro grande desafio é com relação a inclusão dos surdos na Educação Superior, isso porque, conforme foi demonstrado, se a inclusão de surdos na educação básica é difícil, no ensino superior esse desafio é ainda maior.

O primeiro fator para inclusão de surdos no ensino superior perpassa justamente a questão do intérprete de Libras, isso porque não diferente do que acontece na educação básica, não é inclusão apenas colocar os surdos no mesmo

ambiente dos ouvintes e oferecer-lhes um intérprete. Conforme já salientado, a tradução pode ser muita das vezes uma fonte de perda de sentido sobre o conteúdo, devido as omissões, acréscimos, distorções e escolhas lexicais inapropriados, prejudicando o aprendizado. E quando se trata do ensino superior, que está atrelado a preparar o indivíduo para o mercado de trabalho ou exercício de uma dada função laboral, essa questão de tradução fica ainda mais afluada.

De acordo com a pesquisa de Guarinelho (2008) para que o interprete tenha uma boa atuação é preciso que o mesmo tenha uma formação de qualidade, com um conhecimento prévia da disciplina a ser traduzida e que desenvolva uma estrita relação dialógica com o professor. Ocorre que, há poucos interpretes de libras com notório saber nas várias áreas de atuação e, portanto, aptos a fazer uma tradução efetiva a estes alunos surdos no contexto do ensino superiores preparando efetivamente para o mercado de trabalho, são ainda menores do que na educação básica. Cabe salientar, que o regulamento da profissão do intérprete e tradutor de libras ocorreu apenas em 2010 por meio da Lei 12.319.

Logo, pode-se concluir que no ensino superior os desafios da aquisição tardia da Língua de sinais tendem a se acentuar e as consequências de não considerar um ensino efetivo para essas pessoas trazem sérias dificuldades para a inclusão efetiva na sociedade. Cabe destacar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Básica (LDB), Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que no art. 3º, inciso I dispõe sobre a oferta em igualdade de condições para acesso e permanência na escola, no inciso IV sobre o respeito à liberdade e apreço a tolerância e no inciso XIII estabelece sobre a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida.

A LDB também aponta em seu art. 4º, inciso III, sobre o atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino e no inciso V sobre o acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um. Com relação a inclusão de pessoas com deficiência na educação, cabe destacar, a Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004, que institui o programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às pessoas Portadoras de Deficiência. Em seu art. 1º, inciso I, dispõe sobre a garantia

da universalização do atendimento especializado de educandos, de pessoas com deficiência cuja situação não permita a integração em classes comuns do ensino regular e, no inciso II dispõe sobre a inserção dos educandos nas classes comuns de ensino regular.

Dessa forma, tanto a LDB e a Lei nº 10.845/2004, são importantes mecanismos que buscam garantir a inserção das pessoas com deficiência no sistema regular de ensino, de forma adequada, diante das necessidades e em atenção a cada tipo de deficiência. A inserção dos alunos com deficiência na educação básica é garantida por meio da universalização do ensino, conforme preceitua a LDB, bem como da preparação destes indivíduos para alçar novos voos no contexto educacional, seja na pesquisa ou no ingresso no curso superior.

Cabe salientar, que o ingresso de alunos com deficiência em universidades, faculdades e instituições que ofertam cursos superiores no Brasil está diretamente ligado a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, conhecida como Lei de Cotas, sendo uma marco na busca por inclusão de minorias no acesso à educação superior. Essa relação entre a lei de cotas e o aumento de pessoas com deficiência nas instituições de ensino superior é abordado no trabalho intitulado “O interprete de libras no contexto do ensino Superior” de Silva, Guarinello E Martins (2016)

No caso do surdo, foi possível evidenciar por meio da revisão bibliográfica feita para o desenvolvimento deste estudo, que para haver uma efetiva inclusão, tanto na educação básica, quanto no ensino superior, não basta apenas inserir estes alunos surdos em uma sala para alunos ouvintes e um sistema estruturado para falantes de língua portuguesa, já que é apontado amplamente que a linguagem de aprendizado dos surdos é a Libras.

A língua de sinais foi reconhecida a pouco tempo, tendo como base o Decreto nº 5626/2005 que regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002 (que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras), além disso, a profissão do interprete e tradutor de libras foi regulamentada apenas em 2010, através da Lei 12.319.

Ao final dessa análise, percebe-se que o Brasil tem muito que avançar para garantir a inclusão aos alunos surdos, já que o sistema educacional tem priorizado a inserção desses indivíduos no sistema regular de ensino, sistema esse estruturado para a maioria, sem observância das necessidades das pessoas com deficiência. Um

aluno surdo no Brasil que vai ser inserido na educação básica, por exemplo, na melhor das hipóteses, vai contar com o interprete de Libras, sem contar que ele pode nunca ter tido contato com a língua de sinais, casoseja filho de pais e mães ouvintes, o que é a maioria dos casos de surdez no Brasil.

O interprete de Libras dificilmente apresentará conhecimento efetivo das disciplinas escolares ensinadas (português, matemática e todas as outras) do mesmo modo que os professores das disciplinas que compõe a grade curricular da educação básica, que também em sua maioria não sabem Libras. Nesse contexto, torna-se evidente a necessidade de políticas públicas adequadas de inclusão desses indivíduos na educação e conforme será, a seguir expostos, mesmo diante de um contexto desafiador, é possível repensar em um sistema educacional a partir do qual as pessoas com deficiência possam desenvolver as suas potencialidades, refletindo, portanto, na inclusão de forma efetiva.

3. REFLEXÕES SOBRE O DOCUMENTÁRIO BORBOLETAS DE ZAGORSK

As borboletas de Zagorsk (*The burttterflies of Zagorsky*) é um documentário produzido pela British Broadcasting Corporation (BBC) e lançado logo no início da década de 90. Neste documentário é feita uma série de exposições sobre o processo de desenvolvimento educacional na vida dos alunos cegos e surdos da Escola de Zagorsk (antiga união Soviética). O documentário “As Borboletas de Zagorski” faz parte de uma série da rede de televisão inglesa, intitulada “Os Transformadores”, que tem objetivo principal mostrar ações transformadoras realizadas por professores e, que trouxeram resultados positivos.

Criada e inspirada na ideia de um pensador Russo chamado Lev Vygotsky, a Escola de Zagorsk pautava suas atividades e seus ensinamentos sob a visão de que seria possível o aprendizado para todas crianças, inclusive para as pessoas com deficiência. O objetivo desta escola não era o isolamento das crianças, mas prepará-las por meio dos outros sentidos para serem inseridas na sociedade.

O documentário retrata os casos dos alunos que estavam estudando na década de 90, mas também, foi apresentado a história de ex-alunos que foram inseridos na sociedade de forma autônoma, após desenvolverem suas habilidades por meios dos

sentidos que lhes restavam. Dentre eles, Natasha, a protagonista, conta que a Escola de Zagorsk a ajudou a compreender o mundo e a preparou para a vida fora da escola. Ela se formou em Filosofia, especializou em Psicologia, se casou e teve duas filhas.

Tendo como paradigma referido documentário, a presente pesquisa, propõe a desconstrução de tema, tendo em vista que o mesmo é sempre visto como algo muito desafiador, por muitos, como algo até mesmo impossível. Nesse sentido, fazendo o paralelo da realidade do Brasil com o documentário, constata-se que o documentário “As Borboletas de Zagorsk” proporciona importantes reflexões, demonstrando que é possível que as pessoas com deficiência, apesar de suas reais limitações, sejam efetivamente incluídas na sociedade.

Para isso é preciso de uma mudança de postura de todos atores envolvidos nesse processo, conscientizando que é possível a inclusão social de pessoas com deficiência na sociedade brasileira. No entanto, isso demanda conscientização e envolvimento, o que resulta em políticas públicas efetivas, a começar pela atuação do Poder Público. A busca pela igualdade deve ser vista sobre seus dois aspectos: formal e material.

A igualdade formal estabelece que “todos são iguais perante a lei”. Ao passo que a igualdade material estabelece sobre o dever de tratar “os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades”. (MAZZUOLI, 2020). Sendo assim, as pessoas que possuem características singulares ou que necessitam de proteção especial em razão de sua vulnerabilidade, devem ter por parte do Estado o devido tratamento, através de políticas públicas capazes de consagrar além da igualdade formal, também a igualdade material.

No Brasil, a função do Estado, ao longo das últimas décadas tem sido ampliada, diversificando as responsabilidades em busca do bem comum, tudo isso fruto do processo de redemocratização do país. Nesse cenário, as políticas públicas surgem e se intensificam, como um conjunto de ações, decisões, metas e planos em diferentes áreas, como na educação. O ciclo das políticas públicas devem envolver diferentes fases, como formação de agenda, formulação das políticas, tomada de decisão e implementação. Nesse processo, o Estado assume o papel principal, mas a sociedade civil exerce uma atuação significativa ao longo de todas essas fases.

Cabe à sociedade transmitir ao Poder Público os direitos que buscam

reconhecimento em benefício do interesse coletivo, além de fiscalizar tais ações. Como se verifica esse processo deve ser estritamente observado para se alcançar importantes resultados, já que as políticas públicas surgem para garantir aos cidadãos seus direitos, tendo como paradigma o Estado de bem estar social. Tais ações, programas, projetos, serviços e benefícios devem ser ofertados de forma descentralizada e participativa entre poder público e o setor privado em todas as esferas, ou seja, pelo Governo Federal, Estadual e Municipal.

Por fim, acrescenta-se ainda, que após a conquista de tais direitos, no que concerne a inclusão de pessoas com deficiência, a família e os atores das escolas e instituições, também, fazem parte desse processo, já que estarão ligados diretamente a colocar tais conquistas em prática na vida desses indivíduos. A luta pela inclusão de pessoas com deficiência envolve diversos atores e, cada um exerce papel importante nesse processo, para que seja possível alcançar importantes resultados, conforme foi apresentado pelo documentário Borboletas de Zagorsk.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para contextualizar o objeto deste estudo, inicialmente, foi apresentado breves considerações sobre pessoas com deficiência, delimitando e situando o objeto de estudo. Para isso foi abordado a proteção internacional, regional e interna às pessoas com deficiência. Como foi apresentado, a Constituição Federal reflete ao longo de seu texto importantes conquistas internacionais, no que concerne à proteção aos direitos humanos. O que pode ser verificado com relação aos direitos fundamentais e proteção à dignidade humana.

Além da proteção constitucional, foi analisado a proteção infraconstitucional, através do Estatuto da Pessoa com deficiência, Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. A par disso, foi possível adentrar especificamente no tema da pesquisa, analisando os desafios da inclusão dos surdos na educação. Verificou-se, ao longo do presente estudo, que o maior desafio concentra-se na implementação de políticas públicas adequadas, que busquem, garantir, na prática, proteção e garantia dos direitos, diante dos desafios. Isso porque, quando se trata de proteção aos direitos fundamentais é sempre de suma importância a busca pelo aperfeiçoamento, garantindo a dignidade

da pessoa humana.

Ao estudar mecanismos jurídicos nacionais e internacionais elaborados com objetivo em garantir direitos as pessoas com deficiência, é possível observar uma grande preocupação com a inclusão social desses indivíduos na sociedade. Entretanto, por meio das observações feitas foi possível notar que ofertar uma verdadeira inclusão é algo que tem se apresentado como desafiador, diante dos diferentes tipos de deficiência. O que demonstra a necessidade de criação, ampliação e implementação de políticas públicas capazes de atender as peculiaridades de cada tipo de deficiência em diferentes contextos.

Cabe destacar, a importância de proporcionar a inclusão as pessoas com deficiência de forma efetiva desde a educação básica, para que a partir disso desfrute uma vida autônoma durante todas as fases da vida. Tendo em vista a proposta deste artigo, fazendo uma releitura à luz do direito internacional contemporâneo que se estrutura na busca pela efetiva proteção aos direitos humanos, é preciso implementar políticas públicas efetivas na proteção das pessoas com deficiência. Sendo assim, justifica-se a análise do tema devido a sua relevância jurídica e social, o que impõe sempre novas reflexões, pois quando se trata de proteção à pessoa humana é sempre importante o aperfeiçoamento.

REFERÊNCIAS

ANSAY, Noemi Nascimento. **A Inclusão de alunos surdos no Ensino superior.** Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares em Musicoterapia, Curitiba v.1, p.1-141, 2010.

BISOL, Cláudia Alquati, VALENTINI, Carla Beatris, SIMIONI, Janaína Lazzarotto, ZANCHIN, Jaqueline. **Estudantes surdos no ensino superior: Reflexões sobre a inclusão.** Cadernos de Pesquisa, v. 40, n. 139, p.147-172, jan./abr. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005.** Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar.2021.

BRASIL. **Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004.** Institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.845.htm. Acesso em: 12 abr. 2021

BRASIL. **Lei nº 12.319, de 1º de setembro de 2010.** Regulamenta a profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12319.htm. Acesso em: 15 abr.2021.

BRASIL. **Lei nº 12.319, de 1º de setembro de 2010.** Regulamenta a profissão de Tradutor e Intérprete da Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12319.htm Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm Acesso em:

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.** Estatuto da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 02abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm Acesso em: 14 abr. 2021.

DINIZ, Andréa Fabiane Machado.. **“As Borboletas de Zagorski”:** uma análise de princípios da defectologia Vigotskiana. História & Ensino, Londrina, v. 20, n. 2, 2014, p.171-189.

FERNANDES, Sueli; MOREIRA, Laura Ceretta. **Desdobramentos político-pedagógicos do bilinguismo para surdos: reflexões e encaminhamentos.** Revista Educação Especial, Santa Maria, v.22, n.34, p.225-236, 2009.

GÓES, Maria Cecília Rafael de. **Linguagem, surdez e educação** Campinas: Autores Associados, 1996.

LACERDA. Cristina Broglia Feitosa de. **A Inclusão Escolar de Alunos Surdos: O que dizem alunos, professores e intérpretes sobre esta experiência.** Cad. Cedes, Campinas, vol.26, n. 69, p. 163-184, maio/ago. 2006

QUADROS, Ronice Müller de. **O tradutor e intérprete de língua de sinais**

brasileira. MEC: Brasil. 2a. edição. 2004.

QUADROS Ronice Müller de. **Educação de surdos: a aquisição da linguagem.** ArtesMédicas. Porto Alegre. 1997.

QUADROS, Ronice Müller de. **A Escola que os surdos querem e a escola que o sistema “permite” crias: Estudo de caso do Estado de Santa Catarina.** GT: Educação Especial / n.15.

MAYBERRY, Raichel I; EICHEN, Ellen B. **The long-lasting advantage of learning signlanguage in childhood: Another look at the critical period for language acquisition.**

Journal of Memory and Language. 1991;30:486–512.

MARTINS, Sandra Eli Sartoreto de Oliveira, GUARINELLO, Ana Cristina, SILVA, Ronaldo Quirino da, **O Intérprete de Libras no contexto do ensino superior.** Revista Teias v. 17 • n.46 • (jul./set. - 2016): Observatórios de Educação Especial e Inclusão Escolar

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Cursos de direitos humanos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

RAMÍREZ, Naja Ferjan. LIEBERMAN, Amy M. MAYBERRY, Rachel I. **The initial stages of first language acquisition begun in adolescence: when late looks early.** Journal of Child Language, Bethesda, v.40, p.391- 414, 2012. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3645343/>. Acesso em: 19 de Abril de 2021.

SILVA, Simone Gonçalves de Lima. **Consequências da Aquisição Tardia da Língua Brasileira de Sinais na Compreensão Leitora da Língua Portuguesa, como Segunda Língua, em Sujeitos Surdos.** Rev. Bras. Ed. Esp., Marília, v. 21, n. 2, p. 275-288, Abr.-Jun., 2015.

STROBEL, Karin. **As imagens do outro sobre a cultura surda.** 2. ed. rev. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2009.

A COMUNICAÇÃO ADEQUADA COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO À SEGURANÇA DAS PARTES NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Henrique Costa Princhak¹

RESUMO: O presente artigo se propõe a examinar a comunicação adequada como instrumento de fomento à segurança das partes na relação médico-paciente. Logo, possui como objetivo analisar de que forma o estabelecimento de um diálogo efetivo permite o fortalecimento da cultura da segurança do paciente. Com o fito de compreender a profundidade temática, é realizado um exame acerca da relação médico-paciente ao longo da história. Além disso, é analisado o dever de informar do médico e o direito à informação que o paciente possui. A pesquisa realizada foi de natureza bibliográfica e quantitativa, interpretando e avaliando o objeto pretendido. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo que permite uma solução construída através do processo de falseamento de hipóteses com o intuito de verificar a autenticidade. Os resultados obtidos foram que a comunicação é imprescindível para redução e eliminação de riscos envolvendo a relação médico-paciente. Assim, é necessário haver um investimento em uma educação médica humanizada e empática na graduação universitária, e também uma maior participação da gestão nas instituições para proporcionarem um ambiente propício ao diálogo.

Palavras-chave: bioética; comunicação adequada; diálogo; informação; relação médico-paciente; segurança do paciente;

ABSTRACT: This article aims to examine adequate communication as an instrument to promote the safety of the parties in the doctor-patient relationship. Therefore, it aims to analyze how the establishment of an effective dialogue allows the strengthening of the culture of patient safety. In order to understand the thematic, an examination is performed about the doctor-patient relationship throughout the history. In addition, the physician's duty to inform and the right to information that the patient has is analyzed. The research was bibliographic and quantitative in nature, interpreting and evaluating the intended object. The method used was the hypothetical-deductive one that allows a solution constructed through the process of falseing hypotheses in order to verify authenticity. The results obtained were that communication is essential for reducing and eliminating risks involving the doctor-patient relationship. Thus, it is necessary to have an investment in a humanized and empathic medical education in university graduation, and also a greater participation of management in institutions to provide an environment conducive to dialogue.

Keywords: bioethics; appropriate communication; dialogue; information; doctor-patient relationship; patient safety;

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica do Salvador (PPGD/UCSAL), na linha de pesquisa Bioética, Alteridade e Meio Ambiente Social, vinculada à área de concentração Alteridade e Direitos Fundamentais. Especializando em Direito Médico, da Saúde e Bioética pela Faculdade Baiana de Direito. Bacharel em Direito pela Faculdade Baiana de Direito (2020). Membro do Grupo de Pesquisa JUSBIOMED – Direito, Bioética e Medicina (UNEB/CNPq) e da Comissão Especial de Direito Médico e da Saúde da OAB/BA.

INTRODUÇÃO

A ciência médica comporta riscos em sua essência, pois em razão da própria condição humana, cada pessoa possui características particulares, únicas. Assim, a atuação do profissional deve levar em consideração as singularidades de cada indivíduo. Uma pessoa pode ser submetida a um tratamento médico e apresentar resultados distintos que outro sujeito, ainda que ambos tenham recebido os mesmos cuidados. Desta forma, ainda que o profissional atue com zelo, em respeito aos deveres de diligência e cuidado, pode ocasionar riscos a outrem, em razão da falibilidade da Medicina.

Contudo, também se percebe a existência de danos oriundos de riscos que advêm de falhas no processo comunicativo entre as partes da relação médico-paciente. Ressalta-se que estes riscos seriam evitáveis. Deste modo, trabalhar a segurança do paciente é essencial pois consiste em tentar diminuir de maneira considerável, ou até mesmo erradicar, a ocorrência de danos evitáveis, frutos da ausência de um diálogo.

Logo, o presente artigo busca investigar como a comunicação adequada permite a cultura da segurança do paciente. Cabe adiantar que o estabelecimento de técnicas e métodos que busquem alcançar um fluxo comunicativo de maneira adequada é fundamental para garantir uma boa comunicação, e assim, uma maior satisfação aos pacientes.

Com intuito de se alcançar o objetivo pretendido, no segundo capítulo, é realizada uma análise acerca do dever de informar do médico e do direito fundamental à informação do paciente, perpassando por conceitos como autonomia e boa-fé objetiva. No terceiro capítulo, examina-se de que forma a comunicação adequada poderia ser um instrumento para fomentar a cultura da segurança dos pacientes.

Destaca-se que o método utilizado para construção do trabalho foi o hipotético-dedutivo, isto é, através do falseamento das hipóteses com o intuito de verificar a autenticidade. Além disso, a pesquisa utilizada foi de natureza bibliográfica (por meio de livros, periódicos, artigos e legislações) e qualitativa (através da interpretação e avaliação do objeto que se pretende examinar).

1. O DEVER DE INFORMAÇÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

É de extrema relevância acrescentar que ao longo dos séculos houve uma modificação na própria tarefa da Medicina, bem como, no papel dos sujeitos envolvidos na relação médico-paciente.

Observa-se que as tradições das civilizações da Antiguidade, como as do Egito Antigo e da Babilônia, enxergavam o médico como uma figura religiosa, relacionado a algo divino, quase que mágico, pautado na realização de rituais². Na Grécia Antiga, com Platão, passou a existir uma preocupação em informar e obter o consentimento do paciente, para os médicos nascidos livres e que cuidavam dos homens livres. Contudo, a obtenção do consentimento não era obrigatória, mas apenas algo desejado para facilitar a realização do tratamento médico. Isto é, o foco não era na liberdade de escolha do sujeito, mas no consentimento para auxiliar o tratamento³.

Também na Grécia Antiga, foi desenvolvido por Hipócrates, que é considerado “pai da Medicina”, o *Corpus Hippocraticum* e o Juramento Hipocrático, com o fito de orientar o profissional médico a atuar de uma maneira a buscar sempre o bem-estar do paciente⁴. O Juramento Hipocrático, estabeleceu o paternalismo médico, isto é, a atuação do profissional com base na crença de que o sujeito que necessita de cuidados médicos em razão de sua enfermidade, carece de autonomia e, assim, não seria capaz de tomar decisões⁵.

Ressalta-se que o modelo paternalista predominou duramente muito tempo e apenas séculos depois, em um cenário Pós-Segunda Guerra Mundial, que passou a ser substituído pelo modelo informativo. No modelo informativo observa-se a existência da preponderância da autonomia do paciente, visto que o objetivo da relação médico-paciente passa a ser apenas informar, deixando todo poder decisório na mão do paciente⁶.

Percebe-se que inicialmente, o objetivo da ciência médica era apenas reestabelecer as funções biológicas afetadas, isto é, curar uma determinada

² BERGESTEIN, 2013, p. 23 – 26

³ BERGESTEIN, 2013, p. 23 – 26

⁴ BEIER, 2010, p. 352 e 353

⁵ SIQUEIRA, 2008, p. 87

⁶ JOLLUSKEN, TOLDY, 2011, p. 47

enfermidade. Contudo, com a evolução dos métodos e técnicas, passaram a existir novas necessidades de prestações aos pacientes, a exemplo de tratamentos de organismos completamente saudáveis em uma análise funcional - como as cirurgias estéticas - e inclusive uma atuação médica para evitar a própria vida - como os métodos contraceptivos, a esterilização e o aborto terapêutico⁷.

Desta forma, percebe-se também o surgimento de um modelo que proporciona uma tomada de decisões conjuntamente com o médico, importante para atender as novas necessidades dos pacientes. Seria o modelo deliberativo, pautado na tomada de decisão em conjunto entre o paciente e o médico. Isto é, o objetivo da relação médico-paciente passa a consistir no papel do médico de ajudar o paciente a determinar e escolher o melhor procedimento ou tratamento, pautado no diálogo, na comunicação⁸.

Assim, evidencia-se que durante a evolução de seu relacionamento com o médico, o paciente, deixou, aos poucos, de ser um mero objeto da atuação do médico, e passou a obter poder de decisão acerca de sua vontade. Cabe acrescentar, também, a importância do estabelecimento de uma comunicação efetiva como forma de garantir um melhor tratamento aos pacientes.

Feita um pequeno exame acerca da relação médico-paciente e do surgimento da Bioética Principlista, cumpre realizar uma breve análise sobre o dever de informação do profissional médico, no ordenamento jurídico brasileiro.

Deste modo, convém acrescentar, que o Código de Defesa de Consumidor de 1990, estabelece em seu artigo 6º, como um dos direitos básicos do consumidor, o direito à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços. Ademais, segundo o art. 8º do CDC é obrigação do fornecedor do serviço dar informações adequadas e necessárias a respeito dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo⁹.

Isto é, há previsão no próprio CDC, de um dever de informação, que necessita ser adequada, clara e prévia. A informação seria um dever que o fornecedor possui perante o consumidor com o objetivo de que ocorra a antecipação dos riscos e a

⁷ NILO, SILVA, 2019, p. 103

⁸ JOLLUSKEN, TOLDY, 2011, p. 48

⁹ Brasil. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**.

imposição de medidas para impedir que esses riscos aconteçam¹⁰.

Deste modo, percebe-se que há uma preocupação no que tange a necessidade da informação se adequar ao contexto em que o sujeito que a recebe se encontra, bem como, a necessidade da clareza dos esclarecimentos, para serem evitados ruídos no processo comunicativo. Além disso, convém destacar a necessidade desta informação ser prévia a manifestação de vontade do consumidor.

Ressalta-se que, embora a relação entre médicos e paciente seja regido pelo CDC, este relacionamento não possuiria a mesma essência das demais relações consumeristas, uma vez que não seria essencialmente uma relação de consumo. Há aplicação do CDC devido à ausência de uma legislação específica¹¹.

Convém ressaltar, que com o surgimento do CDC, em 1990, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro a noção de boa-fé objetiva, como princípio da Política Nacional das relações consumeristas no artigo 4º, inciso III, e como cláusula geral no artigo 51º, inciso IV. Além disso, houve posteriormente adoção do princípio da boa-fé no Código Civil de 2002¹². Demonstra-se pertinente, evidenciar o artigo 422, do Código Civil¹³, que afirma que há uma obrigação por parte dos contratantes de guardar na conclusão e execução do contrato os princípios de probidade e boa-fé. Deste modo, o princípio da boa-fé é extremamente essencial na responsabilidade contratual.

É oportuno diferenciar também as vertentes objetivas e subjetivas da boa-fé. Em sua acepção subjetiva, a boa-fé relaciona-se com o estado psicológico e íntima convicção do sujeito, que age acreditando ser legítimo detentor de um direito, quando em verdade não é. Deste modo seria oposto a noção de má-fé – intenção de atuar de modo que contrarie o direito de alguém¹⁴. Já a boa-fé em sua vertente objetiva, impõe uma conduta com base na lealdade, devendo ser levado em conta na relação obrigacional não apenas os próprios interesses, como os da outra parte, sem lhe causar lesão ou deixar em excessiva desvantagem para não frustrar as suas expectativas¹⁵.

Segundo Judith Martins Costa, não seria possível conceituar a expressão “boa-

¹⁰ SANTOS, 2017, p. 05

¹¹ ARAÚJO, BARBOSA, 2017, p. 206

¹² SAMPAIO, 2011, p. 173 e 174

¹³ BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**.

¹⁴ SAMPAIO, 2011, p. 174 e 175

¹⁵ FACCHINI NETTO, EICK, 2015, p. 69

fé objetiva”, contudo pode-se indicar as condutas que lhe são conforme e discernir o âmbito de sua atuação e eficácia. Neste sentido boa-fé objetiva seria uma “fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas”, bem como, “baliza o modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção ao próprio exercício contratual” e, por fim, como “cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais”¹⁶.

De acordo com o Direito das Obrigações, derivam do princípio da boa-fé objetiva os deveres instrumentais, também chamados de deveres acessórios de conduta, que exigem uma troca recíproca de diferentes de conteúdo de informação entre as partes da relação negocial¹⁷. Deste modo, o dever de informação seria uma decorrência do princípio da boa-fé, que perpassa por todas relações obrigacionais, e de onde são extraídos deveres anexos de conduta para as partes, como de cooperação, o sigilo e o de informação, por exemplo¹⁸.

O dever de informar, seria então, um resultado de uma conduta baseada na lealdade, entre o médico e paciente, no qual é informado pelo princípio da boa-fé objetiva e é consequência da dignidade humana, concretizado pelo fomento da autonomia do paciente¹⁹. Logo, defende-se que é imprescindível que o médico, no caso concreto, tenha uma postura de acordo com os deveres anexos de conduta, decorrentes da boa-fé objetiva, dentre eles, o dever de informação.

No que diz respeito à responsabilidade ética-profissional, observa-se que há previsão do dever de informar no art. 34 do Código de Ética Médica ²⁰, havendo uma proibição do médico de deixar de informar “o diagnóstico, prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento”. Neste sentido, observa-se que a ausência do cumprimento do dever de informação pode vir a ensejar uma responsabilidade ético-profissional perante os Conselhos Regionais de Medicina.

É extremamente importante salientar que a informação não consiste apenas em um dever do médico, mas também é um direito fundamental do paciente, que é

¹⁶ COSTA, 2016, p. 42.

¹⁷ PITHAN, 2000, p. 38 - 40

¹⁸ FACCHINI NETTO, EICK, 2015, p. 68

¹⁹ KUHN, 2009, p. 87.

²⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação nº 01/2016.

positivado na Constituição Federal de 1988. Observa-se que este direito é expressamente previsto no rol de direitos e garantias fundamentais, devendo, portanto, ser observado em todas as relações, sejam elas privados ou públicas. Além disso, acrescenta-se que o direito à informação está previsto no art. 5º da CF/88 sob duas vertentes: o direito de se informar e o direito de ser informado ²¹.

Conforme a Recomendação 01/2016²² do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre processo de obtenção do consentimento livre e esclarecido, as informações devem ser esclarecidas de maneira clara, pertinente e suficiente. Deste modo, no tratamento devem ser informados os objetivos que são esperados, bem como, “os riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados, e outros aspectos específicos inerentes à execução”.

A informação, possuiria deste modo, o objetivo principal objetivo da obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente, que seria a concretização do princípio da autonomia isto é, o direito do paciente de decidir “quanto ao que deseja para si, para sua saúde e seu corpo, por ser este direito uma das primeiras coisas diminuídas ou perdidas quando se adoecer” ²³.

Assim, para que haja o cumprimento do dever de informação, de maneira plena, é necessário o estabelecimento de uma comunicação efetiva e adequada. Deste modo, seria possível proporcionar que o paciente exerça o seu consentimento de maneira livre e esclarecida e possa expressar sua vontade de maneira autônoma.

2. A COMUNICAÇÃO ADEQUADA COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO À SEGURANÇA DOS PACIENTES

Cabe destacar que uma comunicação adequada entre os sujeitos da relação médico-paciente seria um instrumento de fomento à segurança do paciente. Sendo assim, primeiramente demonstra-se necessário conceituar o que seria a “segurança dos pacientes”.

Evidencia-se que garantir a segurança do paciente, consiste em assegurar que os riscos oriundos de danos evitáveis diminuam até um nível aceitável ou que sejam

²¹ ARAÚO, FERREIRA, 2020, p. 230.

²² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Recomendação nº 01/2016.

²³ BRITO et al , 2014, p. 318

eliminados de maneira completa. Deste modo, a busca pela segurança do paciente, esteve sempre presente nas bases da Medicina, pois seria a própria concretização da filosofia hipocrática que defende uma assistência em saúde sem ocasionar danos aos pacientes²⁴.

Isto é, segundo Hipócrates, a assistência ao paciente não poderia ocasionar consequência prejudiciais aos sujeitos que possuem uma enfermidade. Seria o aforisma “*Primum Non Nocere*”, isto é, “primeiro não causar dano”²⁵. Assim sendo, é perceptível a existência de uma preocupação, desde a época da Grécia Antiga, com uma atuação médica que não ocasione danos ao indivíduo que está sob cuidados do profissional médico.

Logo, percebe-se que estabelecer uma comunicação adequada é essencial para fomentar à segurança na relação médico-paciente, visto que uma boa comunicação propicia o cuidado ao paciente de forma humanizada, pois este processo de interação interpessoal, - o estabelecimento de um fluxo comunicativo - pode influenciar positivamente o comportamento do paciente²⁶.

Observa-se que grande parte dos erros praticados pelos profissionais de saúde possuem como uma de suas principais causas a ausência do cultivo de uma comunicação adequada. Logo, estabelecer um processo comunicativo eficaz é fundamental para a redução de erros, mas para o estabelecimento de uma maior satisfação dos pacientes na medida que proporciona o cultivo da *fidúcia*²⁷.

Deste modo, é perceptível a ocorrência do fenômeno da judicialização da medicina, que consiste no aumento considerável de litígios evitáveis envolvendo a relação médico-paciente e que seria fruto de uma comunicação ineficaz entre as partes. É importante diferenciar a busca ao Poder Judiciário de maneira assertiva, isto é, com o fito de resolver determinados conflitos (o processo de emancipação por meio do uso do direito de ação), com a busca excessiva, isto é, a judicialização que deve ser uma medida emergencial²⁸.

Sendo assim, realizar uma corrida desenfreada aos processos judiciais, com o

²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DA SEGURANÇA DO PACIENTE, 2015

²⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DA SEGURANÇA AO PACIENTE, 2015

²⁶ BRITO et al, 2014, p. 318

²⁷ NETO, 2017

²⁸ VASCONCELOS, 2012, p. 392 e 393

fito de se conseguir acesso à justiça na relação médico-paciente, pode ser algo vantajoso a curto prazo para a resolução de um determinado conflito. Contudo, se valer apenas do processo judicial para resolver conflitos não seria algo sustentável a longo prazo, visto que novas necessidades sempre continuarão a surgir²⁹.

Partindo deste pressuposto, seria bastante relevante a busca por caminhos preventivos à própria ocorrência do conflito, não apenas como forma redução de litígios que versam sobre demandas evitáveis na relação médico-paciente, mas para proporcionar uma maior segurança ao paciente.

Neste sentido, demonstra-se imprescindível o papel das instituições de saúde de ensinar e treinar os métodos comunicativos de seus profissionais, através de técnicas como, por exemplo, a simulação realística que permite reprodução de situações de erro médico e a elaboração de alternativas a estes erros³⁰. Ademais, o ensino de técnicas comunicativas também deveria ocorrer desde antes do médico se formar, através de uma graduação de Medicina que possua um enfoque em preceitos éticos e da Bioética³¹.

Cabe evidenciar que para haver uma comunicação efetiva, é necessário haver uma preocupação não apenas sobre *como* o médico deverá se comunicar, mas também saber escutar com empatia o que o paciente tem a dizer. Isto é, o profissional médico necessita estar atento as mensagens (verbais ou não verbais) do paciente e de seus familiares, para garantir segurança na assistência médica³².

Acrescenta-se que a palavra “comunicação”, possui a mesma origem etimológica da palavra “comunhão”, e neste sentido, envolveria partilha. Ou seja, uma situação em que determinados indivíduos “que se põem em comum, partilham algo, se relacionam umas com as outras, com participação, união, ligação”³³.

É imprescindível em uma boa comunicação estar presente uma troca de informações sincera, a existência de uma negociação das expectativas de ambas as partes, uma participação ativa do paciente na interação com o médico e, por fim, uma atitude empática por parte do médico³⁴.

²⁹ D'ESPINDULA, 2013, p. 446

³⁰ NETO, 2017

³¹ VASCONCELOS, 2012, p. 394 e 495

³² SILVA, 2017

³³ BURLÁ, PY, 2005, p. 97

³⁴ BERNARDI, 2019, p. 39.

Quando o médico exerce a empatia, prestando atenção aos pensamentos e sentimentos do paciente, há o estabelecimento de uma relação de confiança e acolhimento entre estes sujeitos. Desta forma, a empatia é imprescindível para uma comunicação adequada a realidade do paciente³⁵. Ressalta-se que a empatia na área médica possui bastante importância para uma maior adesão do paciente ao tratamento e também para o sucesso deste procedimento. Destarte, observa-se que uma atuação médica em que haja ausência da empatia pode ocasionar riscos ao paciente, visto que atuar de maneira empática faz parte do processo comunicação entre médicos e pacientes³⁶.

Portanto, o profissional da saúde que busca, em sua atuação, agir com empatia, proporciona inúmeros benefícios para a segurança e satisfação dos pacientes por permitir o estabelecimento da fidúcia, que deve ser o elemento basilar da relação médico-paciente. Deste modo, demonstra-se imprescindível que em toda a formação do profissional de saúde, desde o início da graduação universitária, esteja presente o ensino da empatia e de técnicas e métodos que possibilitem o estabelecimento de uma boa comunicação com os pacientes³⁷.

É perceptível que houve uma evolução da educação médica contemporânea com a modificação das Diretrizes Curriculares Nacionais da graduação, que passaram a exigir uma preocupação com aspectos biopsicossociais. Neste sentido, observa-se que há uma crescente compreensão com a importância da “habilidade afetiva de se relacionar com o paciente e a sociedade”³⁸. Contudo, percebe-se que ainda existem falhas na formação do futuro profissional médico, no que diz respeito a uma educação médica humanizada e a exigência de uma atuação empática, por diversos motivos, como por exemplo, a própria carga horária dos cursos de Medicina, que é extensa³⁹.

Convém destacar, que o enfoque não deve ser apenas na comunicação entre os profissionais de Medicina e pacientes, devendo ser procurados técnicas e métodos que visem proporcionar um processo comunicativo efetivo, também, na relação entre os próprios profissionais de uma equipe médica, bem como, entre o médico e os

³⁵ BARROS, FALCONE, PINHO, 2018, p. 37 e 38

³⁶ MONTEIRO et al, 2020, p. 6975

³⁷ BARROS, FALCONE, PINHO, 2011, p. 42

³⁸ COSTA, CALDATO, FURLANETO, 2019, p. 663

³⁹ GOMES, REGO, 2014 p. 300

familiares do paciente, com o fito de assegurar um cuidado humanizado destes indivíduos, proporcionando um melhor desfecho clínico⁴⁰.

Neste sentido, demonstra-se inviável pensar no cultivo segurança na área da saúde, sem considerar a participação de todo o quadro profissional e da equipe interdisciplinar – visto que a equipe multidisciplinar possui um papel importantíssimo na prestação do serviço de qualidade e seguro⁴¹.

Assim, devem ser garantidas ferramentas que proporcionem um convívio harmônico dentro da equipe médica, bem como, um ambiente propício ao exercício de uma comunicação efetiva entre os profissionais, com o fito de que haja uma assistência de qualidade e que promova uma maior satisfação aos pacientes. Desta forma, a gestão hospitalar exerce uma função valiosa nas instituições de saúde, para assegurar o fortalecimento da cultura da segurança do paciente⁴².

Ressalta-se que a mudança de comportamento é um processo gradual, que não ocorre de um dia para o outro, sendo necessária a prática constante dos ensinamentos e, nos casos das instituições de saúde, da presença de uma liderança engajada no fomento à segurança dos pacientes⁴³.

Ademais, deve-se levar em consideração que no diálogo entre o médico e paciente existe uma assimetria. Isto ocorreria porque o conhecimento sobre o qual os sujeitos dialogam é conhecido apenas por um dos discursantes (o médico), visto que em muitas situações os pacientes são sujeitos leigos, sem comungar do mesmo nível hierárquico de experiência ou conhecimento – o que proporciona ao médico uma maior capacidade de discorrer e abordar o saber que está envolvido naquela situação⁴⁴.

É de demasiada relevância estar atento as vulnerabilidades presentes no caso concreto para poder exercer uma comunicação efetiva. A título ilustrativo, convém evidenciar as situações que envolvem indivíduos idosos que se encontram em situação de terminalidade de vida. A comunicação, nestes casos, necessita levar em consideração as fragilidades destes indivíduos⁴⁵.

⁴⁰ BRITO et al, 2014, p. 317 e 318

⁴¹ SOUSA et al, 2020, p. 6477 e 6478

⁴² SOUSA et al, 2020, p 6477

⁴³ NETO, 2017

⁴⁴ VASCONCELOS, 2017, p. 42

⁴⁵ BURLA, PY, 2005, p. 99

Desta forma, é perceptível a necessidade de serem adequadas as palavras e a linguagem à realidade do paciente, para proporcionar um fluxo comunicativo efetivo, transparente, sem a ocorrência de ruídos na comunicação e, assim, o interlocutor não conseguir captar a mensagem, por ser leigo sobre aquele assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imprescindível reforçar que os pacientes se enquadram na condição de vulnerabilidade, em seu sentido adjetivo, e existe uma assimetria devido a posição de poder ocupada pelo profissional médico, em razão de, muitas vezes, os sujeitos que ocupam o polo de paciente na relação, serem leigos. Deste modo, é perceptível a necessidade de serem trabalhados métodos e técnicas que visem proporcionar uma comunicação efetiva e adequada à realidade do paciente, para que haja um fortalecimento da cultura da segurança dos pacientes.

Portanto, é fundamental o ensino de uma atuação empática nas graduações universitárias, durante o processo de formação do futuro médico, para que este saiba como se comunicar de maneira adequada e eficaz com o paciente. Além disso, demonstra-se importante um papel ativo da direção, ou seja, da gestão das instituições de saúde, em promover, de maneira ativa, estratégias concretas para assegurar uma maior satisfação dos pacientes e manter um ambiente propício a redução de riscos frutos da ausência de uma comunicação sincera.

Ressalta-se que é necessário trabalhar, não apenas a comunicação entre os profissionais médicos e os pacientes, mas também, com a família do paciente, no sentido de serem pensados métodos que proporcionem um maior acolhimento destes sujeitos e, conseqüentemente, serem obtidos melhores resultados. Bem como a importância de preocupar-se com a comunicação entre médicos e familiares do paciente, é relevante haver uma preocupação do processo comunicativo entre os profissionais integrantes de uma equipe médica multidisciplinar, com o objetivo de ser assegurado um tratamento de maior qualidade aos pacientes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Aline Branco Amorim de; AGUIAR, Maria Geralda. O cuidado do

enfermeiro ao idoso hospitalizado: uma abordagem bioética. **Revista Bioética**. Brasília, v. 19 , n. 01 , 2011. Disponível em <<https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533255013.pdf>>. Acesso em: 20 dez; 2020.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles; BARBOSA, Amanda Souza. Dano Iatrogênico e Erro Médico: o Delineamento dos Parâmetros para Aferição da Responsabilidade. **Revista Thesis Juris**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 186-209, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/597/pdf>>. Acesso em: 16 dez. 2020.

_____; FERREIRA, Jemya Jandiroba. Responsabilidade Civil Médica por dano iatrogênico à luz da boa-fé objetiva: uma análise da conformação do direito à informação. **RJLB - REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA** , v. 06, p. 213-252, 2020, Disponível em <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/3/2020_03_0213_0252.pdf> . Acesso em: 21 dez. 2020.

BARROS, Patrícia de Souza; FALCONE, Eliana Mary de Oliveira; PINHO, Vanessa Dordron de. Avaliação da empatia médica na percepção de médicos e pacientes em contextos público e privado de saúde. **Archives of Health Science**. São José do Rio Preto, v. 18, n. 1, 2011. Disponível em: <http://repositorio-racs.famerp.br/racs_ol/vol-18-1/IDS%20-%20jan-mar%202011.pdf> . Acesso em 20 dez. 2020.

BEIER, Mônica . Algumas considerações sobre o Paternalismo Hipocrático. **Revista Médica de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 20, p. 246-254, 2010. Disponível em: <<http://rmmg.org/exportar-pdf/320/v20n2a15.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BERGESTEIN, Gilberto. **A informação na relação médico-paciente**. Editora Saraiva Jur, São Paulo. 1ª Edição. 2013.

BERNARDI, Rosane Terezinha. A influência da comunicação médica nos ní-veis de satisfação dos pacientes: um estudo de caso. **Dissertação (Mestrado)**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12142/tde-18092019-160101/pt-br.php>> . Acesso em 21 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 11 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> . Acesso em 11 dez. 2020.

BRITO, Fabiana Medeiro de Brito; et al. Comunicação na iminência da morte: percepções e estratégia adotada para humanizar o cuidar em enfermagem. **Escola Anna Nery Revista de Enfermagem**. v. 12 n.2, abr-jun 2014. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127730686020>>. Acesso em 20 dez. 2020.

BURLÁ, Claudia; PY, Ligia. Peculiaridades da comunicação ao fim da vida de pacientes idosos. **Revista Bioética**, Brasília, v. 1, n. 2, 2005. Disponível em < https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/111>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação Nº 01/2016**. Disponível em < https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

COSTA, Judith Martins. **A boa-fé no direito privado – Critérios para a sua aplicação**. São Paulo. Editora Marcial Pons, 2016.

COSTA, Tanise Nazaré Maia Costa; CALDANATO, Milena Coelho Fernandes; FURLANETO, Ismari Perini. Percepção de formandos de medicina sobre a terminalidade da vida. **Revista Bioética**. Brasília, v. 27, n. 4, 2019. Disponível em: < https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1968>. Acesso em 20 dez. 2020.

D'ESPÍNDULA, Thereza Cristina de Arruda Salomé. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. **Revista Bioética**. Brasília, v. 21, n.3, p. 438-447, 2013. Disponível em < https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/853/924>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DOMINGOS, Isabela Moreira do N. ; KFOURI NETO, Miguel; MACIEL-LIMA, Sandra. A Relação médico-paciente face às condições de terminalidade da vida com dignidade. **Revista UNICURITIBA**. Curitiba, v.2, n.19, p. 71-98 Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/71>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

FACCHINI NETTO, Eugênio; EICK, Luciana Gemeli. Responsabilidade civil do médico pela falha no dever de informação, à luz do princípio da boa-fé objetiva. **Revista da AJURIS** – Porto Alegre, v. 43, n. 138, jun/2015. Disponível em: < <https://ajuris.org.br/OJS2/REVAJURIS/article/>>. Acesso em: 10 dez. 2020.

GOMES Andréia Patrícia, REGO Sergio. Paulo Freire: contribuindo para pensar mudanças de estratégias no ensino de medicina. **Revista Brasileira de Educação Médica** v. 38, n.3, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/33770559/Paulo_Freire_contribuindo_para_pensar_mudancas_de_estrat%C3%A9gias_no_ensino_de_medicina Acesso em: 11 de dez. de 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PARA O PACIENTE. **O que é segurança do paciente**. 08 de outubro de 2015. Disponível em <https://www.segurancadopaciente.com.br/central_conteudo/o-que-e-seguranca-do-paciente/>. Acesso em 20 dez. 2020.

JÓLLUSKEN, Glória; TOLDY, Teresa. Autonomia e Consentimento Informado: Um Exercício de Cidadania? **Revista ANTROPOlógicas**. Portugal, n. 12, 2011

Disponível em : < <https://revistas.rcaap.pt/antropologicas/article/view/1036>>. Acesso em 11 dez 2020.

KUHN, Adriana Menezes de Simão. OS LIMITES DO DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O NEXO CAUSAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA. **Dissertação (MESTRADO)**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito., Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/16165>>. Acesso em 20 dez. 2020.

MONTEIRO, Lucas Nascimento; et al. Análise da empatia dos estudantes de medicina no primeiro ano de curso na Universidade Federal de Alagoas – UFAL. **Brazilian Journal of Development**. Curitiba, v. 6, n. 2, 2020. Disponível em < <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/6820> >. Acesso em: 19 dez. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade** ,v.9 n.29, jul/dez 2006, p 233 a 258. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_constitucionalizacao_do_direito_civil_e_seus.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

NETO, Antonio Capone. Comunicação ineficaz está entre as causas-raízes de mais de 70% dos erros na atenção à saúde. [Entrevista concedida a] **Instituto Brasileiro de Segurança ao Paciente**, abril de 2017. Disponível em: <<https://www.segurancadopaciente.com.br/seguranca-e-gestao/comunicacao-ineficaz-esta-entre-as-causas-raizes-de-mais-de-70-dos-erros-na-atencao-a-saude/#:~:text=IBSP%20%E2%80%93%20A%20comunica%C3%A7%C3%A3o%20C%20um,podendo%20ser%20verbal%20ou%20escrita>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

NILO, Alessandro Timbó, SILVA, Monica Aguiar. A relação paciente-médico: por uma nomenclatura bioética. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. v.19, n35, 2019. Disponível em:

<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/2945/1895>. Acesso em 10 nov. 2020.

PITHAN, Livia Hayger. O CONSENTIMENTO INFORMADO NA ASSISTÊNCIA MÉDICA: UMA ANÁLISE JURÍDICA ORIENTADA PELA BIOÉTICA. **Tese (DOUTORADO)**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/137774/000734318.pdf?s>>. Acesso: 21 dez. 2020.

RODRIGUES, Meline Rossetto Kron ; et al. Estratégias e barreiras encontradas pela equipe de enfermagem na comunicação com pacientes deficientes auditivos. **Saúde Coletiva**. Barueri, v. 09, n. 51, 2019. Disponível em < <http://revistas.mpmcomunicacao.com.br/index.php/saudecoletiva/article/view/188/184>

>. Acesso em 20 dez. 2020.

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**, Editora Revista dos Tribunais, 2011, Biblioteca do Direito do Consumidor, v, 40.

SILVA, Maria Júlia Paes da. Comunicação – captar mensagens verbais e não verbais expressas pelo paciente e família promove segurança. [Entrevista concedida a] **Instituto Brasileiro de Segurança ao Paciente**, abril de 2017. Disponível em: <<https://www.segurancaadopaciente.com.br/seguranca-e-gestao/comunicacao-captar-mensagens-verbais-e-nao-verbais-expressas-pelo-paciente-e-familia-promove-seguranca/>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

SIQUEIRA, José Eduardo. A bioética e a revisão dos códigos de conduta moral dos médicos no Brasil. **Revista Bioética**, v. 16, p. 85-95, 2008. Disponível em: <https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/>. Acesso em 30 nov. 2020.

SOUSA, João Batista Alves de; et al. Comunicação efetiva como ferramenta de qualidade: Desafio na segurança do paciente. **Brazilian Journal of Health Review**. Curitiba, v. 03, n. 03, 2020. Disponível em: <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/11713/9764> >. Acesso em 12 dez. 2020.

VASCONCELOS, Camila. Judicialização da Medicina no Brasil : uma análise crítico-propositiva de um problema persistente sob a ótica da Bioética de Intervenção. **Tese (Doutorado em Bioética)**. Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/31962>> . Acesso em 21 dez 2020.

VASCONCELOS, Camila. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. **Revista Bioética**, v. 20, n.3, 2012, p.389-396. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533260002.pdf>> . Acesso em 18 dez. 2020.

PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES DA POLÍTICA: UMA QUESTÃO DE RUPTURA SOCIAL

Joyce Mariana da Silveira Leite¹

Josiene Aparecida de Souza²

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar o comportamento feminino no campo eleitoral percorrendo por toda a história do povo brasileiro desde a “construção” dos moldes patriarcais até as lutas atuais com intuito de verificar os múltiplos fatores responsáveis pela baixa ocupação das mulheres nos cargos de poder público. Para identificar esses agentes, utilizou-se do estudo de artigos relacionados ao patriarcado, voto e interseccionalidade, consulta de dados através dos sites do IBGE e TSE e outras literaturas que abordam assunto relacionado ao envolvimento da mulher na política. Através desse estudo desmistifica-se a falta de interesse da mulher pela política e evidencia que o modelo atual em que a sociedade vive subjugando as mulheres, usurpa seus direitos e as afasta das instituições democráticas. Ao decorrer das pesquisas, verifica-se que são poucas as informações sobre a minoria feminina, há poucos relatos sobre as conquistas da mulher deficiente, trans e preta. Sendo assim, há constatação que, para elevar os índices de participação feminina na política, é urgente a criação e/ou manutenção das políticas públicas, queda do patriarcado e que as mulheres exijam - através da militância, que essa história de subjugação não mais se perpetue.

PALAVRAS-CHAVE: Patriarcado, Política, eleitorado feminino, interseccionalidade.

ABSTRACT: This paper aims to analyze women's behavior in the electoral field, going through the history of the Brazilian people from the "construction" of the patriarchal molds to the current struggles in order to verify the multiple factors responsible for the low occupation of women in positions of public power. In order to identify these agents, we used the study of articles related to patriarchy, voting, and intersectionality, data consultation through the IBGE and TSE websites, and other literature that addresses issues related to women's involvement in politics. This study demystifies the lack of interest of women in politics and shows that the current model in which society lives subjugates women, usurps their rights, and distances them from democratic institutions. During the research, it is verified that there is little information about the female minority, there are few reports about the achievements of disabled, trans, and black women. Thus, there is evidence that, in order to raise the rates of female participation in politics, it is urgent the creation and/or maintenance of public policies, the fall of patriarchy and that women demand - through militancy, that this history of subjugation is no longer perpetuated.

KEYWORDS: Patriarchy, Politics, female voters, intersectionality.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete-MG (FDCL). E-mail: joyc_mariana@yahoo.com.br

² Professora da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação “Novos Direitos, Novos Sujeitos” pela Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Processo Civil pelo CAD em parceria com a Universidade FUMEC. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Advogada. E-mail: josisouza09@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

“A presença ou ausência da vagina, do pênis, a cor da pele, textura do cabelo, entre outras passam a ser referências a partir das quais relações de poder desiguais são tecidas e articuladas, trazendo o corpo para a arena política” (BORGES, 2013,p.33). No Brasil são poucas as leis quem apoiam e incentivam as mulheres para o acesso ao meio público, pois a sexualidade ainda é colocada em pauta nas discussões políticas. A sociedade ainda se baseia no molde patriarcal em que os papéis sociais da mulher são pré-estabelecidos e as minorias são marginalizadas.

Este artigo tem por objetivo aferir as possíveis justificativas da baixa participação das mulheres na política. Para tanto, torna-se indispensável averiguar aspectos referentes à conquista ao voto pelas mulheres, bem como acesso à vida pública, cotas de gênero e por fim estudo das escolhas dos representantes políticos pelo eleitorado feminino.

Diante disso, coloca-se em pauta a discussão se há um entrave de que se trata de um problema de articulação de políticas públicas através da influência do patriarcado que afeta toda sociedade ou mesmo um real desinteresse pela participação política, analisando como romper essas barreiras assegurando seu direito como cidadã.

Por fim, partindo dos ensinamentos de Miracy Gustin e Maria Tereza Dias (2006) a presente pesquisa encontra substrato na vertente jurídico-dogmática, trabalhando com as relações normativas internas ao ordenamento jurídico, mas, também, externamente, no mundo da vida, interessando-se, especialmente pela sua eficácia; jurídico-sociológica que segundo as autoras (2006, p. 22) “[...] propõe-se a compreender o fenômeno jurídico no ambiente social mais amplo. [...] Preocupa-se com a facticidade do Direito e com as relações contraditórias que estabelece com o próprio Direito e com demais campos: sociocultural, político e antropológico” e ainda jurídico dedutiva, pois parte-se de um conhecimento prévio para questioná-lo e propor soluções;

1. MULHER E O VOTO (DIREITO) – ASPECTOS HISTÓRICOS

Durante a história do Brasil, a sociedade foi se moldando por meio da família patriarcal, observa-se essa relação de poder exercida pelo homem durante período do Brasil Colônia (1530 a 1822) em que a função da mulher branca na sociedade era a reprodução e a negra a servidão, já no período imperial (1822-1889), a própria constituição de 1824 não reconhecia a mulher como cidadã. (LEMOS, 2008)

Com sua cidadania negada, urge a necessidade da conquista pelos direitos até então negados. Sendo assim, o século XX foi marcado pela luta feminina: houve a criação do primeiro partido político - Partido Republicano Feminino, passeata exigindo direito ao voto também as mulheres, movimentos sufragistas, congressos feministas até alianças políticas. (BRASIL, 2021)

Somente em 1932, após muitos movimentos organizados por mulheres que foi instituído direito ao voto feminino através do Decreto nº 21.076/1932. E, em 1934 foi incorporado no texto constitucional. (BRASIL, 2021)

Essa relação histórica de poder, que favorecia os homens, criou mecanismos de exclusão das camadas sociais afastando cada vez mais mulheres pretas, trans, indígenas de conquistarem seus direitos como cidadãs. No próximo capítulo se observa que apesar do direito ao voto ter sido conquistado, ainda há necessidade desconstruir a imagem negativa de que a mulher não pode alcançar cargos de poder. Para tanto, torna-se indispensável as infiltrações femininas nos espaços de poder, a fim de romper com os paradigmas de dominação masculina patriarcal.

2. ACESSO DAS MULHERES NA VIDA PÚBLICA/ POLÍTICA

Além da presença majoritária dos homens nos setores públicos – efeito do machismo estrutural, outros fatores como perpetuação da divisão sexual do trabalho, auto depreciação feminina e exclusão social marcada principalmente pela violência afastam a mulher da carreira política.

“Mesmo para as mulheres de classes econômicas privilegiadas, que foram resguardadas da dura combinação entre responsabilidade pela vida doméstica e longas jornadas de trabalho precário e mal-remunerado, reinar em casa nunca significou livre acesso a posições de poder na esfera pública.” (MOTA; BIROLI; 2014, p.206).

Conforme apontam Mota e Biroli (2014), o paradigma da opressão e da dominação masculina foi arquitetado de modo a subjetificar e invisibilizar a mulher a ocupar os espaços públicos, que historicamente foi ocupado predominantemente por homens e esse molde foi considerado como normal, limitando o envolvimento das mulheres em outros setores fora do lar como por exemplo.

“A divisão sexual do trabalho, conectada a estereótipos que definem papéis, pertencimento e habilidade distintas para as mulheres e homens, se transformam em expectativas quanto sua atuação nas diferentes esferas sociais.” (MOTA; BIROLI, 2014, p.206). Mulheres questionam a própria habilidade de outras mulheres para funções além de "dona de casa" devido ao fato de, ao longo dos anos, ser estabelecida a naturalização da exclusividade às mulheres o trabalho doméstico e a maternidade, usurpando seu direito de atuar nas esferas públicas da sociedade, aprisionando então no mundo privado da família.

[...] terminologia da alienação, em uma filosofia da "consciência" (ela fala em "*consciência* dominada, fragmentada, contraditória do oprimido" ou em "invasão da *consciência* das mulheres pelo poder físico, jurídico e mental dos homens"); por não levar em conta os efeitos *duradouros* que a ordem masculina exerce sobre os corpos, ela não pode compreender adequadamente a submissão encantada que constitui o efeito característico da violência simbólica.” (BOURDIEU, 2012, p.54).

Conforme aponta Bourdieu, esses traços de violência simbólica e alienação psicológica da mulher que afastam, muitas das vezes, a mulher de querer galgar espaços de luta se considerando incapaz de lutar, ser feminina e mãe ao mesmo tempo, como se um atrapalhasse funcionamento do outro, sendo que na verdade, um deveria fortalecer os ideais do outro.

[...] a virilidade tem que ser validada pelos outros homens, em sua verdade de violência real ou potencial, e atestada pelo reconhecimento de fazer parte de um grupo de "verdadeiros homens" Inúmeros ritos de instituição, sobretudo os escolares ou militares, comportam verdadeiras provas de virilidade, orientadas no sentido de reforçar solidariedades viris. (BOURDIEU, 2012, p.66).

Consoante com exposto acima, o comportamento dos homens (com sua necessidade de se mostrar superior às mulheres) seria outro entrave para ampliação do público feminino na política, sendo que ainda observa-se nas reuniões, plenários e

demais debates políticos, como eles são hostis com as mulheres que ali estão presentes, ainda há relatos de abuso sexual nesses ambientes e nos lares “longe dos olhares da sociedade”, mulheres, em sua maioria, negras são espancadas e mortas diariamente.

Devido essa marca que o patriarcado que vem arrastando pela história e fazendo parte da sociedade, cada vez menos mulheres conseguem lutar para representar outras, reforçando a falsa ideia de que a mulher não se interessa pela política sendo que na realidade ela foi silenciada e esse direito de ocupar espaços de decisão foi-lhes usurpado.

Nas próximas seções observa-se a caminhada das mulheres na conquista pela dignidade, marcada pela exclusão das minorias, reforçando ainda mais a necessidade da escolha de mulheres como representantes nas camadas políticas para que leis mais inclusivas sejam criadas abrangendo cada uma delas independente de cor, etnia e orientação sexual. No próximo capítulo será exposta a necessidade da criação de cotas de acesso à política para incentivo e garantia do acesso das mulheres no meio público.

3. COTAS DE GÊNERO FUNCIONAM? EXISTE APOIO PELOS PARTIDOS?

A mulher foi excluída da política apontada como um ser que “deveria ser mantido nas esferas do lar”, conforme dito por Bourdieu (2012, p.41) “[...] as mulheres *não podem senão tornar-se o que elas são* segundo a razão mítica, confirmando assim, e antes de mais nada a seus próprios olhos, que elas estão naturalmente destinadas ao baixo, ao torto, ao pequeno, ao mesquinho, ao fútil etc”. Portanto, não havia apoio político muito menos incentivo ao ingresso nessas esferas políticas, concluiu-se então, necessidade da aplicação de medidas para garantir seu acesso. Sendo assim, em 1995, através do art. 11 da lei nº 9.100 (BRASIL, 1995) que se estabeleceu que 20% (vinte por cento) das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidas por candidaturas de mulheres.

Mais dois anos de lutas e conquistas, veio então a lei 9.504/1997 (BRASIL, 1997) que estabelecia percentual mínimo de 30% (trinta por cento) e máximo 70% (setenta por cento) para as candidaturas de cada sexo, ou seja, não direcionava

apenas às mulheres.

A adoção de cotas trouxe oportunidades às mulheres ao acesso a política, porém em baixo número, verifica-se então que o preenchimento não acontecia de fato, pois ainda não havia claro envolvimento por parte dos partidos políticos, era preciso mais, as mulheres ainda “não tinham visibilidade”. Foi então que a lei 12.034/2009 (BRASIL, 2009) propunha a garantia, de fato, do direito às cotas e tornando obrigatório o preenchimento dos 30% (trinta por cento) e ainda estabeleceu reserva de 10% (dez por cento) do tempo de propaganda eleitoral às candidatas do sexo feminino e destinação de 5% (cinco por cento) do fundo partidário para incentivo à participação das mulheres na política.

Vários são os questionamentos a respeito da abrangência da lei quanto as classes historicamente marginalizadas. Ainda que a lei estipule certa heterogeneidade relativa a distribuição do poder político, vetores como gênero, raça e classe social ainda representam uma importante estratificação legislativa mundial (SILVA, 2014; ARAÚJO, 2010).

Existem duas perspectivas a serem analisadas, a primeira é o real o desinteresse por parte dos partidos em fazer valer o sistema de cotas, claramente não é viável (na percepção dos partidários) que o mesmo investimento em candidatos homens seja direcionado para as mulheres. Ao passo que a segunda é a ausência de políticas punitivas no sistema eleitoral brasileiro, ou seja, enquanto não houver punição os resultados eleitorais permanecerão inalterados, homens continuarão ocupando mais cargos políticos do que as mulheres.

Validando esse raciocínio, a autora Fabíola Aquino de Souza (2014, p.13) aponta que:

[...] Assim, a dificuldade das mulheres, muitas vezes, não consiste em conseguir ser nomeadas candidatas, mas principalmente, em conseguir condições efetivas para competir tanto com os candidatos homens de seu partido, que em geral possuem mais redes partidárias de apoio, como na disputa exterior ao partido.

4. MULHERES NÃO VOTAM EM MULHERES. POR QUE?

Percebe-se no estranhamento no próprio meio feminino ao perceber mulher

atuando como mulher, há um preconceito enraizado delimitando e questionando a atuação das mulheres. Ora, não seria coerente que as próprias mulheres ditassem quais são seus direitos? Quais as suas “limitações”? Simplesmente pelo fato do “ser feminino” seria algo visto como negativo, frágil? E então, esse ser feminino não é capaz de ocupar cargos públicos? De fazer leis? Esses pensamentos que perpetuam na sociedade são fatores (“herança” da sociedade patriarcal) que prejudicam o direcionamento do voto feminino para as próprias mulheres.

As mazelas do capitalismo, o bombardeamento das mídias em torno do corpo feminino e a função sexual da mulher, ressaltam negativamente sobre sua autoestima, indo contra a importância da função social da mulher, aprisionando-as num mundo restrito a poder (lucro), beleza e mais uma vez colocando de lado as outras mulheres pretas, pobres, lésbicas, trans, índias e tantas outras que não conseguem se inserir nesse meio em uma pequena parcela acredita cegamente que já “alcançou todos direitos como mulher”.

O empoderamento dispersivo, neste sentido, causa a individualização e conseqüente diminui a homogeneização necessária à representatividade do espectro feminino no cenário político brasileiro para alcançar a devida isonomia eleitoral.

O reduzido investimento dos próprios partidos políticos em eleger suas candidatas, faz com que aconteça um “direcionamento forçado” aos votos das eleitoras, a equação é clara: se os partidos direcionam seus investimentos na maior parte para os candidatos do sexo masculino, menor é o número de candidatas e, então, as eleitoras têm público restrito a quem votar e assim, como resultado o baixo número de mulheres que votam em mulheres, já que não vêem na prática seus direitos políticos acontecendo e assim homens continuam em sua maioria nos cargos de poder.

5. REPRESENTATIVIDADE E REINSERÇÃO DAS MULHERES NA VIDA PÚBLICA

Através de uma análise geral dos dados coletados no IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), observa-se um fator crucial que vai muito além da diferenciação do gênero, a ausência da interseccionalidade nos candidatos e também

daqueles que foram eleitos e esse fator torna crucial para justificar a baixa participação das mulheres na política.

Primeiro dado observado: o número de candidatas, apesar das cotas, é muito inferior ao de candidatos do sexo masculino – não alcança os 40% (quarenta por cento); segundo: essa proporção é ainda menor quando se refere às minorias; terceiro: não há inserção de trans e deficientes nessas tabelas, ou seja, até na coleta de informações essa parcela da sociedade é excluída.

Com isso, torna-se imperativo a inserção de mais mulheres para representar todas essas classes, amparando, instruindo, enfim, fazendo com que a mulher tenha no poder pessoas fazendo leis que amparem essas mulheres fazendo que sua dignidade se reconstrua e cada vez menos essas características se tornem fatores que as impossibilitam ao acesso a cargos de poder.

Tabela extra 4 - Total e proporção de mulheres entre os candidatos para a Câmara dos Deputados, segundo cor ou raça, as Grandes Regiões e as Unidades da Federação - 2014

Cor ou raça, Grandes Regiões e Unidades da Federação	Candidatos para a Câmara dos Deputados		
	Total de candidaturas	Total de mulheres	Proporção de mulheres (%)
Brasil	7 139	2 271	31,8
Amarela	38	13	34,2
Branca	4 144	1 241	29,9
Indígena	25	11	44,0
Parda	2 229	741	33,2
Preta	701	265	37,8

Fonte: IBGE

Tabela extra 4 - Total e proporção de mulheres entre os candidatos para a Câmara dos Deputados, segundo cor ou raça, as Grandes Regiões e as Unidades da Federação - 2018

Cor ou raça, Grandes Regiões e Unidades da Federação	Candidatos para a Câmara dos Deputados		
	Total de candidaturas	Total de mulheres	Proporção de mulheres (%)
Brasil	8 588	2 767	32,2
Amarela	59	26	44,1
Branca	4 904	1 510	30,8
Indígena	39	14	35,9
Parda	2 649	827	31,2
Preta	937	390	41,6

Fonte: IBGE

Tabela 44.1 - Total e proporção de mulheres entre os parlamentares eleitos para a Câmara dos Deputados, segundo cor ou raça, as Grandes Regiões e as Unidades da Federação - 2014

Cor ou raça, Grandes Regiões e Unidades da Federação	Deputados eleitos		
	Total de cadeiras	Total de mulheres	Proporção de mulheres (%)
Brasil	513	51	9,9
Amarela	-	-	-
Branca	411	41	10,0
Indígena	-	-	-
Parda	81	7	8,6
Preta	21	3	14,3

Fonte: IBGE

Tabela 44.1 - Total e proporção de mulheres entre os parlamentares eleitos para a Câmara dos Deputados, segundo cor ou raça, as Grandes Regiões e as Unidades da Federação - 2018

Cor ou raça, Grandes Regiões e Unidades da Federação	Deputados eleitos		
	Total de cadeiras	Total de mulheres	Proporção de mulheres (%)
Brasil	513	77	15,0
Amarela	2	-	-
Branca	386	63	16,3
Indígena	1	1	100,0
Parda	103	9	8,7
Preta	21	4	19,0

Fonte: IBGE

Outro diagnóstico também obtido através do estudo dos números expostos nas tabelas do IBGE é que o número de candidatas cresce de forma desproporcional ao de eleitas. Muito bem questionado por Françolin (2016, p.58): “porque o preenchimento de 30% (trinta por cento) das vagas por candidatas, como assegurado pela lei de cotas, não resultou, em contrapartida, no aumento de mulheres no parlamento brasileiro? Por que as cotas não se mostram eficazes em aumentar em representatividade política feminina?” A resposta é que são múltiplos os fatores, dentre os quais se destacam a relevância da prática de fiscalização para garantir a efetividade da lei (somente assim as fraudes eleitorais seriam devidamente punidas); a indispensabilidade de representação feminina ativa; necessidade de reestruturação política (baseada no princípio da equidade); elaboração de políticas baseadas em princípios patriarcais e falta de incentivo às mulheres para acessar setor político.

A atuação do TSE (Tribunal Superior Eleitoral) e TRE (Tribunal Regional Eleitoral) na aplicação do sistema de cotas, juntamente com investimentos partidários

e reserva de tempo para horário eleitoral apenas serviu para intimidar os partidos não possuindo, portanto, caráter punitivo. “Mesmo com legislação eleitoral revelando o seu nítido propósito em diminuir a desigualdade entre os gêneros na esfera política, a Justiça Eleitoral nem sempre tem aplicado sanções aos partidos” (FRANÇOLIN, 2016, p.4).

Não há como as mulheres conseguirem acessar cargos políticos sem apoio efetivo, fica claro que o sistema de cotas abriu oportunidades, mas ainda há barreiras, os partidos devem ser devidamente punidos nos casos de indicação de mulheres apenas para preenchimento das cotas sem real intenção de elegê-las, e o próprio público feminino pode exercer função de fiscal fazendo valer a função de cidadã e militante.

Diante do reduzido número de mulheres eleitas, reforça-se a importância da alteração desse cenário. A reestruturação política (fazendo valer princípio da equidade) juntamente com representatividade e militância são condições inadiáveis para aumento da participação feminina não só no processo de candidatura como também no número de eleitas, e dessa forma as mulheres vão garantir seus direitos com cidadãos e vão gradualmente fazendo com que as leis alcancem as parcelas menos favorecidas do público feminino.

6. FEMINISMO E FISCALIZAÇÃO

O feminismo interseccional é um tema político e de extrema relevância para desconstrução das invisibilidades de gênero que assolam o país. Neste contexto, é preciso afirmar que nem todo feminismo liberta, emancipa, acolhe o conjunto de mulheres que carregam tantas dores nas costas. E não é possível que nosso feminismo deixe corpos pelo caminho. Não há liberdade possível se a maioria das mulheres não couber nela. (ARRUZZA, et. al. 2019, p.12). É urgente a criação de políticas de igualdade que alcancem toda a população feminina, mais ainda se faz necessária a mobilização popular na busca pelos direitos da mulher em conjunto com sua ocupação nos espaços de política participando ativamente nos processos de elaboração dessas leis tão fundamentais para efetivar o direito à cidadania.

Mister se faz a construção de uma democracia consolidada, fica claro que

temos que exigir nossos direitos e consolidá-los para que em momentos de crise eles não sejam usurpados. Deve-se exigir mecanismos, a democracia anda de mãos dadas com a representatividade.

“Para além do trabalho Legislativo, é imprescindível mudança cultural da sociedade brasileira, que é ainda muito marcada pelo patriarcalismo, sexismo, e pela discriminação contra as mulheres.” (FRANÇOLIN, p.20). Fundamental se faz a o envolvimento das mulheres na política e não se abster de ir à luta pelo avanço dos seus direitos (que apesar de já ter conquistado muitos, ainda maiores são os que estão por vir).

Para que a realidade machista de exclusão das mulheres na sociedade brasileira seja alterada, é fundamental cobrar do Estado articulação de políticas de responsabilização aos partidos pelo não cumprimento das cotas e exigir leis que fomentam o avanço da participação das mulheres inclusive nos poderes Legislativo e Executivo. Como acontece na prática? Mediante fiscalização a fim de averiguar se os partidos estão cumprindo a cota de gênero através da publicação do edital, publicado pela Justiça Eleitoral, que contem os pedidos de registro dos candidatos de cada partido³; e através da proposta de notícia de inelegibilidade contra candidaturas irregulares, conforme lei 64/90 (BRASIL, 1990) e resolução 23.548/2017 (BRASIL, 2017) ou seja, caso seja constatado irregularidade na candidatura de um político ou partido, pode apresenta-la à Justiça Eleitoral para que devidas medidas sejam atribuídas ao partido irregular.

Ainda se constata marcas de violência nos lares, mulheres analfabetas, negre trans sendo mortas a cada minuto, e para nos ajudar e fortalecer, o feminismo está ai, latente, democrático, antirracista, antihomofóbico, antigenocida, mostrando que as mulheres são uma potência com capacidade incomensurável para derrubar qualquer fator que impeça de ocupar qualquer lugar na sociedade.

CONCLUSÃO

Este artigo buscou analisar os fatores históricos e sociais responsáveis pela baixa participação do público feminino na política e conseqüente pequena e representatividade da mulher nos setores públicos. Foi possível perceber que há

grande equívoco em afirmar que o público feminino não se interessa por política e que mulheres não desejam ser representadas por outras, uma prova desse grande interesse por parte delas está na própria luta histórica pelo direito ao voto.

Outro aspecto analisado é a existência de fatores sociais complexos que vão muito além da questão de interesse por política, perpetuação histórica da divisão sexual do trabalho, autodepreciação feminina e exclusão social marcada principalmente pela violência. São vários os agentes quem dificultam as mulheres a ocupar esses espaços dominados pelo público majoritariamente masculino.

“Quando uma mulher entra na política, muda a mulher. Quando muitas entram, muda a política.” Michelle Bachelet. É possível perceber que urge a necessidade de reforma nas políticas públicas inclusive com representação feminina nesses setores e, essa reforma se dará através militância ativa e com a imposição de uma sociedade baseada na equidade.

REFERÊNCIAS

AQUINO DE SOUZA, C. A eficácia das cotas eleitorais na Argentina e no Brasil. *Direitos Fundamentais e Democracia IV*. 1.ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 367- 384.

ARRUZZA, Cinzia; BATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy (2019). *Feminismopara os 99%: um manifesto*. São Paulo: Boitempo.

BOURDIEU, P. (1999):*A Dominação Masculina*. Jorge Zahar. Rio de Janeiro

BORGES, Larissa A. (2013). *Nas periferias do gênero: Uma mirada negra e feminista sobre a experiência de mulheres negras jovens participantes no Hip Hop e no Funk*. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-graduação em Psicologia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG.

BRASIL. *Cartilha + Mulher na política! Mulher, tome partido!* 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496489/livreto-mais-mulher-na-politica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

BRASIL. Lei 9.100/1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9100.htm.

BRASIL. Lei 12.034/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm.

FEITOSA, F. *A participação política das mulheres nas eleições 2010: panorama*

geral de candidatos e eleitos. In: ALVES, J.E.D.; JORDÃO, F. PINTO, C. R. J;(Orgs) Mulheres nas eleições 2010. São Paulo: ABCP/Secretaria de Políticas para mulheres, 2012. p. 139-166.

IBGE. Estatísticas de gênero: Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

LEMOS, O.O.; Constituição, Mulher e cidadania. In: Dantas, B.; Barros, E. C.; Lago, G. P. S.; Santos, F.(Org.). Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois – Os Alicerces da Democratização. Led. Brasília: Secretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 2008, v.1., p.274-314.

MOTA, F. F., BIROLI, F.O gênero na política: construção do "feminino" nas eleições presidenciais de 2010. Cad.Pagu, Campinas, n.43, p. 197:231, julho-dezembro. 2014

MPF. Cartilha "Participação das mulheres na política: seja um fiscal do povo". Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/participacao-feminina-na-politica-1.pdf>.

PARADIS, G.C.MATOS, M. Desafios à despatriarcalização do Estado brasileiro. Cad.Pagu, Campinas, n.43, p.57:118, julho-dezembro. 2014

TSE. Eleitor pode propor notícia de inelegibilidade contra candidaturas irregulares. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Agosto/eleitor-pode-propor-noticia-de-inelegibilidade-contracandidaturas-irregulares>

WOLKMER, Antônio Carlos. (Fundamentos da História do Direito.) O Direito no Brasil Colonial. 3ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.p.295-309.

NOME SOCIAL DOS TRANSGÊNEROS E SEUS IMPACTOS JURÍDICOS E SOCIAIS: DESAFIOS E AVANÇOS NO BRASIL

Julieth Laís do Carmo Matosinhos Resende¹

Ariela Campos de Oliveira Peixoto²

Leandra Chaves Tiago³

RESUMO: Em virtude dos desafios enfrentados pelas pessoas transgêneros, o presente estudo tem como objetivo principal analisar os impactos jurídicos e sociais, bem como os avanços e desafios no Brasil, no que concerne ao reconhecimento do nome social. Com isso, busca-se demonstrar a importância do tema, tendo como paradigma a proteção aos direitos fundamentais e à dignidade humana. Apesar dos recentes avanços, diante dos desafios que se impõem, é preciso estabelecer, ainda, relevantes e densas reflexões. A metodologia será descritivo-analítica. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica e documental, utilizando do método dedutivo.

PALAVRAS-CHAVE: nome social; transgêneros; Brasil; direitos fundamentais.

ABSTRACT: Due to the challenges faced by transgender people, this study aims to analyze the legal and social impacts, as well as the advances and challenges in Brazil, related to the social name. With this, we seek to demonstrate the importance of the theme, taking as a paradigm the protection of fundamental rights and human dignity. Despite the recent advances, in face of the challenges, it is still necessary to establish important and complex reflections. The methodology will be descriptive-analytical. The technical procedures used in the research were bibliographic and documentary, using the deductive method.

KEYWORDS: social name; transgender; Brazil; fundamental rights.

¹ Doutoranda pela Escola Superior Dom Helder Câmara-MG. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna - MG. Professora na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete-MG. Advogada. E-mail: juliethmatosinhos@yahoo.com.br

² Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDCL. E-mail: arielacampos@outlook.com

³ Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais e Processo Coletivo pela Universidade de Itaúna. Professora Universitária. Advogada. E-mail: leandratiagoadv@gmail.com

INTRODUÇÃO

Ao longo da história da humanidade, as pessoas pertencentes a comunidade LGBTQIA+⁴ enfrentaram diversos desafios e violações de seus direitos humanos, em toda partedo mundo e em diferentes contextos, o que perpassou o tempo, estando presente, até os dias atuais.

Entre as diversas formas de violação de tais direitos, pode-se destacar, o preconceito, violência e a falta de reconhecimento. Dentro desse amplo contexto de violações e temas carecedores de importantes reflexões, o presente estudo optou por realizar um recorte, tendo como objeto o desafio ao reconhecimento dos transgêneros, no concerne ao nome social.

O indivíduo é reconhecido e delimitado em uma sociedade, em primeiro momento pelo seu nome, que o acompanha desde o nascimento, inclusive sendo objeto de proteção jurídica, vez que é um dos principais direitos da personalidade. Partindo desse pressuposto, o presente estudo tem como objetivo principal, analisar os impactos jurídicos e sociais, bem como os avanços e desafios no Brasil, no que concerne ao reconhecimento do nome social dos transgêneros.

Como se sabe, o nome é escolhido quando do nascimento do ser humano, tendo comobase, geralmente, o sexo biológico masculino e feminino, no entanto, há casos em que essas pessoas não se identificam com o sexo biológico e, por consequência com o nome, sendo assim não há um reconhecimento da sua própria identidade e personalidade. Nesse sentido, o indivíduo não cisgênero-pessoa que tem anatomia, sexo e biologia em conflito com o gênero ao qual se identifica- sofre crônica e reiterada barreira estrutural na sociedade, em virtude do preconceito e exclusão de pessoas transgênero no Brasil.

O nome civil está intimamente relacionado com aquele que consta em nossos documentos oficiais. Sendo assim, é uma das formas de individualização no meio social em que se está inserido, que faz o indivíduo de direitos e deveres com proteções em

⁴ Mais do que definir brevemente o significado da sigla, é importante ressaltar que trata-se de vários movimentos sociais em busca do direito ao reconhecimento da identidade de gênero e ao direito de liberdade de escolha sexual. Maiores informações: Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/03/o-que-significam-letras-da-sigla-lgbtqi.html>. Acesso em 21 de abril de 2021

lei.

O nome social é a designação pela as pessoas transgêneros se identifica e é socialmente reconhecida. Com isso, pretende-se demonstrar a importância do reconhecimento do nome social para essas pessoas, no sentido de garantir seus direitos fundamentais e a dignidade humana.

Portanto, o nome social, passa a ser uma maneira, diante desse desafio, de incluir os transgêneros na sociedade, garantindo os direitos fundamentais e a sua dignidade humana, como forma de reconhecer a sua identidade. Para isso, esta pesquisa, será dividida em dois momentos.

No primeiro momento, será realizadas considerações iniciais e gerais sobre o objeto de estudo, verificando os impactos jurídicos e sociais do nome social para os transgêneros. A par disso, no segundo momento será apresentado as conquistas e os desafios sobre o tema, que apesar de ser uma medida útil para minimizar situações humilhantes e constrangimentos corriqueiros, configura, muita das vezes, como mero paliativo.

Sendo assim, ao final, será possível verificar a importância do reconhecimento do nome social para os transgêneros, garantindo assim, os direitos fundamentais e a dignidade humana, que devem ser garantidos em sua plenitude à todos os indivíduos.

Portanto, trata-se de um tema atual carecido de muitas reflexões, diante das conquistas e desafios que, ainda estão presentes, sendo o nome social dos transgêneros um assunto de relevante interesse social e jurídico. A metodologia será descritivo-analítica. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O método utilizado foi o dedutivo.

1. NOME SOCIAL DOS TRANSGÊNEROS: IMPACTOS SOCIAIS E JURÍDICOS

Inicialmente, é importante estabelecer algumas considerações para compreender o tema proposto no presente estudo.

A identidade de gênero tem relação com o que se refere à experiência de uma pessoa com o seu próprio gênero, assim, pessoas transgênero possuem uma identidade de gênero diferente do sexo que lhe foi atribuído no momento do

nascimento. Dessa forma, o indivíduo transgênero ou trans pode se identificar, no espectro de uma construção social, como mulher, homem, trans-homem, trans-mulher, não-binária ou com outros termos, como terceiro gênero, travesti, queer. Cabe destacar, também, que identidade de gênero é diferente de escolha sexual, isso porque pessoas trans podem ter qualquer escolha sexual, incluindo heterossexual, homossexual, bissexual e assexual.

Para Judith Butler:

O sexo biológico está associado à materialidade do corpo, podendo ser visto de várias formas: algumas pessoas se referem a características sexuais primárias, outros insistem que o sexo é uma composição complexa de anatomia, hormônios e cromossomos, e ainda outros que tendem a pensar que o sexo está diretamente relacionado à reprodução. (BUTLER, 2016)

Em contrapartida, o gênero seria, conforme Berenice Bento:

O gênero adquire vida a partir das roupas que compõem o corpo, dos gestos, dos olhares, ou seja, de uma estilística definida como apropriada. São esses sinais exteriores, postos em ação, que estabilizam e dão visibilidade ao corpo. Essas infundáveis repetições funcionam como citações, e cada ato é uma citação daquelas verdades estabelecidas para os gêneros, tendo como fundamento para sua existência a crença de que são determinados pela natureza. (BENTO, 2003, p. 90)

O nome social e o gênero legalmente reconhecidos e registrados nos documentos de identidade civil, representa uma luta das pessoas trans. Apesar das Nações Unidas (ONU) afirmar o direito das pessoas trans ao reconhecimento de sua identidade de gênero e à adequação do gênero em documentos oficiais, incluindo certidões de nascimento, sem que sejam sujeitas a requisitos onerosos ou abusivos, ainda carece de efetividade tais normativas, principalmente, se partir da observação dos custos burocráticos para a alteração do prenome civil em face da hipossuficiência econômica de grande parte da população brasileira.

Tanto o é que em recente pesquisa realizada pelo GEMAA (Grupo de Estudos Multidisciplinares de Ação Afirmativa) da UERJ, retratou-se que a população trans é minoria nas universidades federais no Brasil, são os mais engajados em movimentos sociais, mais pobres, mais negros, mais dependentes de programas de permanência estudantil e mais envolvidos em programas de assistência psicológica (GEMAA,

2021).

O direito de reconhecimento e tutela da pessoa trans também está presente nos Princípios de Yogyakarta, conforme estabelecido no seu artigo 2º:

Toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero. (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, art.2º).

O que é um desafio para a sociedade internacional e nacional, já que esse direito é violado em boa parte dos países, não reconhecendo tal direito ou estabelecendo um procedimento burocrático, além de muitos exigirem o preenchimento de requisitos, tais como esterilização, tratamento ou cirurgia de redesignação de gênero, diagnóstico psiquiátrico de transtorno de identidade de gênero, confinamento em instituições psiquiátricas.

A proteção jurídica à identidade e expressão de gênero representa uma importante conquista, principalmente quando são protegidos legalmente contra crimes e discurso de ódio.

O reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans em documentos oficiais por meio de processos administrativos simples e fundamentados na autoidentificação, sem requisitos abusivos como diagnóstico médico forçado, esterilização, tratamento médico ou divórcio, é uma conquista fundamental.

No caso de pessoas transgêneros, o nome social viabiliza seu direito a identidade de gênero, que é o direito de ser reconhecido pelo que a pessoa se conhece no seu íntimo e no seu psicológico.

O nome social é tão importante para essas pessoas, pelo simples fato de ser como elas se reconhecem e como se entendem por pessoa, diferente daquele nome que consta na sua certidão de nascimento, este que muitas vezes destoava de sua

personalidade causando-lhe estranhamento psíquico e social.

O reconhecimento do nome social é de extrema importância, porque está diretamente relacionado com o princípio da dignidade humana. A falta de normas infraconstitucionais para resguardar a pessoa transgênero como detentora de personalidade, afeta diretamente como a sociedade se comporta em relação a esses indivíduos e fere direitos fundamentais da personalidade, igualdade e liberdade.

A personalidade nada mais é que um conjunto de características próprias de cada pessoa, para esse chamado Direito de Personalidade ser assegurado na Constituição de 1988 como um direito fundamental, foi observado que ele é intrínseco ao ser humano, que somente com ele é possível a pessoa ser o que é, e com a garantia deste direito, então, é possível se adaptar em uma sociedade.

Toda pessoa tem direito a ser registrada com um nome, ela o recebe quando nasce com vida, com o direito da personalidade, também disposto no Código Civil de 2002 e caracteriza-se por ser inalienável, intransmissível, irrenunciável, indisponível, imprescritível, impenhorável, vitalício e extrapatrimonial.

O nome de um indivíduo é de extrema importância, de interesse coletivo e social, e, assim como é um direito de um cidadão, ao mesmo tempo, é um dever, pois somente com o nome em registro, é possível praticar e participar ativamente dos atos da vida civil.

A sociedade sempre aceitou pessoas utilizem de pseudônimos, apelidos, de maneira geral, nomes que substituam àqueles que constam no registro civil, sem necessidade de alteração do nome, como é o caso de vários artistas que usam outro nome que não aquele na sua certidão de nascimento. De outro modo, a sociedade ainda é extremamente preconceituosa quando se trata do nome social de pessoas transgêneros.

endo assim, fato é que nem todas as pessoas se identificam com os nomes que receberam ao nascer, no caso de pessoas transgêneros, o caso é ainda mais grave, ultrapassando o preconceito e entrando em uma questão que os expõe a situações vexatórias no cotidiano e até mesmo ao perigo, visto que o Brasil é país que mais mata transgêneros no mundo (EXAME, 2020).

Em crítica, Michael Foucault no capítulo “Nós, vitorianos” escrito em sua obra História da Sexualidade I, revela que o puritanismo moderno teria imposto seu tríplice

decretode interdição, inexistência e mutismo:

Um rápido crepúsculo se teria seguido à luz meridiana, até as noites monótonas da burguesia vitoriana. A sexualidade é, então, cuidadosamente encerrada. Muda-se para dentro de casa. A família conjugal a confisca. E absorve-a, inteiramente, na seriedade da função de reproduzir. Em torno do sexo, se cala. O casal, legítimo e procriador, dita a lei. Impõe-se como modelo, faz reinar a norma, detém a verdade, guarda o direito de falar, reservando-se o princípio do segredo. No espaço social, como no coração de cada moradia, um único lugar de sexualidade reconhecida, mas utilitário e fecundo: o quarto dos pais. Ao que sobra só resta encobrir-se; o decoro das atitudes esconde os corpos, a decência das palavras limpa os discursos. E se o estéril insiste, esse mostra demasiadamente, vira anormal: receberá este status e deverá pagar as sanções. O que não é regulado para a geração ou por ela transfigurado não possui eira, nem beira, nem lei. Nem verbo também. É ao mesmo tempo expulso, negado e reduzido ao silêncio. Não somente não existe, como não deve existir e à menor manifestação fá-lo-ão desaparecer — sejam atos ou palavras.[...]. Isso seria próprio da repressão e é o que a distingue das interdições mantidas pela simples lei penal: a repressão funciona, decerto, como condenação ao desaparecimento, mas também como injunção ao silêncio, afirmação de inexistência e, conseqüentemente, constatação de que, em tudo isso, não há nada para dizer, nem para ver, nem para saber. Assim marcharia, com sua lógica capenga, a hipocrisia de nossas sociedades burguesas. Porém, forçada a algumas concessões. Se for mesmo preciso dar lugar às sexualidades ilegítimas, que vão incomodar noutro lugar: que incomodem lá onde possam ser reinscritas, senão nos circuitos da produção, pelo menos nos do lucro. O rendez-vous e a casa de saúde serão tais lugares de tolerância: a prostituta, o cliente, o rufião, o psiquiatra e sua histórica — estes "outros vitorianos", diria Stephen Marcus. — parecem ter feito passar, de maneira sub-reptícia, o prazer a que não se alude para a ordem das coisas que se contam; as palavras, os gestos, então autorizados em surdina, trocam-se nesses lugares a preço alto. Somente aí o sexo selvagem teria direito a algumas das formas do real, mas bem insularizadas, e a tipos de discurso clandestinos, circunscritos, codificados. Fora desses lugares, o puritanismo moderno teria imposto seu tríplice decreto de interdição, inexistência e mutismo. (FOUCAULT, 1999, p.08-09).

A sociedade, em sua maioria, considera como normal, natural, a construção do gênero que define o binômio masculino ou feminino, homem ou mulher. Esta ideia está arraigada no pressuposto de que as características biológicas relacionadas ao sexo do indivíduo correspondem as características psicossociais relacionadas ao gênero.

Os sociólogos usam o termo sexo em referência às diferenças anatômicas e fisiológicas que definem corpos masculinos e femininos. O gênero por outro lado diz respeito às diferenças psicológicas, sociais e culturais entre homens e mulheres. O gênero está ligado a noções socialmente construídas de masculinidade e feminilidade, ele não é necessariamente um produto direto do sexo biológico do indivíduo. (GIDDENS, 2012, p. 430).

Na maioria das vezes o gênero é utilizado de forma errônea ao ser associado

apenas ao sexo biológico. Por isso, atualmente defende-se que seja utilizado o termo “identidade de gênero” para que não haja a confusão e prejulgamentos daquele que fala.

A identidade de gênero diz respeito ao gênero com o qual uma pessoa se identifica, independente do sexo (características biológicas), é como a pessoa se identifica com o gênero homem ou mulher. Algumas pessoas se identificam com um gênero diferente do que é imposto a elas em função de seu sexo biológico.

2. NOME SOCIAL DOS TRANSGENÊROS: AVANÇOS E DESAFIOS

A ditadura militar no Brasil foi um regime de exceção que durou mais de duas décadas, marcando a história do país. A luta social pela democracia resultou, em 05 de outubro de 1988, na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, que ficou conhecida como a Constituição Cidadã. Com isso, houve uma evolução no país com relação a proteção aos direitos fundamentais, tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional.

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal dispõe de uma série de importantes princípios constitucionais e de diversos direitos e garantias fundamentais destinados a todos. Cabe destacar, que a Carta Magna dispõe sobre o direito à identidade, garantindo, assim, a todos os cidadãos a proteção à personalidade. Por fim, é importante ressaltar, o art.5º que dispõe que: “Todos são iguais perante a lei, consagrando o princípio da igualdade”.

O estudo dos direitos humanos das minorias e dos grupos vulneráveis excepciona o conhecido princípio da igualdade formal – “todos são iguais perante a lei” – erigido no Estado Liberal, para consagrar o da igualdade material ou substancial (implementando a partir do Estado Social), deve-se tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Como consequência, todos os que detêm características singulares ou que necessitam de proteção especial em razão de sua fragilidade ou indefensabilidade, passam a merecer devido amparo (também singular e especial) da ordem jurídica estatal, especialmente por meio de discriminações positivas e ações afirmativas capazes de igualá-los a todos as demais pessoas. (MAZZUOLI, 2020, p.224)

Minorias são grupos de pessoas que não possuem a mesma representação

política que os demais cidadãos de um Estado, ou, ainda, que sofrem histórica e crônica discriminação por possuírem entre si características essenciais à sua personalidade que demarcam a sua singularidade, como nacionalidade, etnia, língua, religião ou condição pessoal.

Dessa forma, são grupos de pessoas com uma identidade coletiva própria, que os torna “diferentes” dos demais indivíduos no âmbito de um mesmo Estado. Exemplos: povos indígenas, quilombolas, LGBTIA+, refugiados, migrantes, entre outros.

Já os grupos vulneráveis são coletividade mais ampla de pessoas que, também, necessitam de uma proteção especial tendo em vista a fragilidade ou indefensabilidade. Exemplos: mulheres, negros, idosos, crianças, adolescente, pessoas com deficiência, consumidores, entre outros.

Apesar de grande parte da doutrina conceituar e classificar minorias e grupos vulneráveis distintamente, é comum os conceitos serem confundidos, tendo em vista a mesma característica de vulnerabilidade presente entre esses indivíduos.

Minorias e grupos vulneráveis não são expressões sinônimas, mas pelo fato de seus integrantes encontrarem nas mesmas situações fáticas de discriminação, intolerância e fragilidade, torna-se irrelevante a diferenciação conceitual, mas sim a tutela jurisdicional que se pode oferecer a esses excluídos. O que interessa, realmente, é a busca pela implementação de instrumentos de proteção efetiva aos direitos humanos dessas pessoas social e historicamente vulneráveis. (MAZZUOLI, 2020)

Nesse sentido, pode-se afirmar que os transgêneros pertencem às minorias e precisam de uma atenção especial por parte do Estado na proteção e garantia dos seus direitos, tendo em vista a situação de vulnerabilidade que se encontram se comparados com os demais indivíduos na mesma sociedade.

O grande desafio nesse contexto é garantir a igualdade, como no caso dos transgêneros, que enfrentam a falta de reconhecimento pela sociedade e até mesmo, pelo próprio Estado, diante de um ordenamento jurídico falho em normas infraconstitucionais que asseguram os direitos deste grupo. Assim, esses indivíduos ficam mais vulneráveis a uma série de fatores sociais existentes na atualidade.

Dentro desse contexto, o reconhecimento pelo nome social, mostra de

fundamental relevância. O Código Civil de 2002, dispõe no art. 16: “Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. No ordenamento jurídico brasileiro impera o princípio da imutabilidade do nome, como um interesse público e social, garantindo a segurança das relações de direitos e obrigações, evitando assim que a pessoa natural mude seu nome, da forma que bem entender, podendo até mesmo ser de má-fé, o que pode causar prejuízo não somente para si, mas para outros.

Deste modo, a lei limita significativamente à possibilidade de o cidadão alterar o próprio nome, esta restrição, ao primeiro momento nos parece uma violação do direito de liberdade, pois nos “proíbe” de fazermos o que quisermos com o nosso próprio nome, mas é importante salientar que, sem este princípio da imutabilidade, o caos social se instalaria.

Entretanto, há também casos específicos onde se é permitido a mudança do nome civil, de acordo com os artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73). Segundo o art. 56, permitindo ao interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, alterar o nome, “desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa”. Além disso, o art. 57. “Qualquer alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandato e publicando-se a alteração pela imprensa”.

O nome civil tem suas regras pautadas nos valores constitucionais, principalmente na dignidade da pessoa humana. Tendo esse fundamento constitucional como paradigma, a regra da imutabilidade pode ser relativizada. Nesse sentido, a jurisprudência brasileira, sob essa justificativa, pautada na dignidade da pessoa humana, aceita uma interpretação acerca do direito da personalidade em sentido mais amplo.

Assim, diante dessa perspectiva o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a imutabilidade do nome, em casos específicos deve ser relativizada, tendo em vista que o sistema jurídico deve acompanhar a evolução da sociedade e garantir os direitos da liberdade, personalidade e dignidade da pessoa humana.

Além da proteção constitucional e do respaldo do STF, o direito do

transgêneros ao nome social também encontra respaldado em outras fontes normativas, tais como decretos, resoluções e portarias. Cabe destacar, o Decreto nº 8727 de 28 de abril de 2016, que “dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”

Art. 1º Este Decreto dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis ou transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Parágrafo único. Para os fins deste Decreto, considera-se:

- I) nome social - designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida; e
- II) identidade de gênero - dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento. (BRASIL, Decreto nº 8.727 de 28 de abril de 2016)

Mas, antes disso também houve outras situações que resguardaram o direito desse grupo, como a Resolução nº 11/2014 do Conselho Nacional de Justiça, sobre o Combate à Discriminação e a Promoção dos LGBT, que esclarece a diferença entre conceitos de orientação sexual e identidade de gênero.

Cabe destacar que o Estado do Pará, através da Portaria nº 16/2008 da Secretaria de Estado de Educação, determinou que a partir do ano seguinte, as escolas da Rede Estadual do Pará deveriam dar oportunidades, no ato da matrícula, a opção de usar o nome social. O que representa uma conquista com relação ao tema. Tal direito também se estendeu para o ato de inscrição do ENEM, no qual o candidato, se assim o queira, pode apresentar o seu nome social. O Ministério Público do Trabalho, através da Portaria nº 1.036/2015, regulamentou o

uso do nome social em todas as unidades do Ministério do Trabalho e Emprego, garantindo ao empregado o acesso a banheiros e vestiários de acordo com a identidade de gênero e o nome social de cada um.

O Supremo Tribunal Federal, em 1º de março de 2018, julgou a ADI 4275 e garantiu a alteração dos registros civis de sexo e prenome de pessoas travestis, homens e mulheres transexuais.

Além disso, pode-se destacar, também, como um importante conquista, o art. 33 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB, que foi acrescido

o parágrafo único que estabelece que: “O nome social é a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida e será inserido na identificação do advogado mediante requerimento.”

Apesar de importantes conquistas, há ainda muitos desafios para que os transgêneros sejam, realmente, reconhecidos pela sociedade. Para isso, é imprescindível que o Estado implemente uma legislação que possibilite que essas pessoas sejam, realmente, reconhecidas em sua plenitude, garantindo os direitos fundamentais e à dignidade humana. Para isso, também, é de extrema relevância que Poder Público e a sociedade, em conjunto, implementem políticas públicas para se alcançar tais objetivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da sociedade é feita de forma gradativa e lenta, visto que ainda é heterogênea, heteronormativa e patriarcal. As organizações sociais e jurídicas relativas aos indivíduos transgêneros deve reconhecer que hoje em dia não existe apenas o binarismo de masculino e feminino, conforme construção ideológica de longos séculos.

Os direitos relativos à personalidade e a identidade enfrentam muitos desafios e faltam respaldo na legislação brasileira. O reconhecimento do direito de personalidade e do nome como uma característica intrínseca ao indivíduo se faz necessária para a inclusão efetiva dos transgêneros na sociedade de forma efetiva.

Desta forma, o maior obstáculo, ainda é o preconceito, os discursos recheados de doxas, sem qualquer amparo epistemológico ou vivência real para poder ser externalizado de forma coerente. A tentativa dessas pessoas, é inferiorizar determinado grupo, descredibilizando sua luta, sua história, seus direitos.

A realidade é que os transgêneros estão sendo marginalizadas, sem a oportunidade digna de um emprego formal, tendo que recorrer, na maioria das vezes, à prostituição, sendo expostos a situações cruéis, vexatórias e desumanas. Além disso, em muitos casos, há violência e até a morte dessas pessoas, tendo em vista sua escolhas, sendo violado, assim, a dignidade da pessoa humana.

Apesar das recentes conquistas com relação ao tema, quando se trata de

proteção à dignidade humana, é sempre necessário o aperfeiçoamento. E nesse contexto, é fundamental novas reflexões e ações que garantam a devida proteção aos direitos fundamentais aos transgêneros, que por pertencerem às minorias necessitam de uma atenção especial, devido a situação de vulnerabilidade. Esse contexto evidencia-se no debate em torno do direito ao nome registral e paliativamente ao nome social, que, para garantia da dignidade da pessoa humana, sempre deve corresponder a autoidentidade de gênero do indivíduo.

Portanto, é imprescindível que o Estado implemente uma legislação específica frente aos desafios atuais, possibilitando que essas pessoas sejam reconhecidas em sua plenitude, garantindo os direitos fundamentais e à dignidade humana. E isso será possível com envolvimento de diferentes atores, sendo de suma relevância que Poder Público, juntamente com a sociedade, implementem políticas públicas adequadas e efetivas diante das novas demandas.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Anne de Fátima Pedrosa; RODRIGUES, Natália Bernadeth Fernandes.

Direitos da personalidade. Jus, 2017. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/55019/direitos-da-personalidade>. Acesso em: 20 mar. 2021.

AZEVEDO, Samires Gizelle Vasconcelos. **Utilização do nome social: efetividade do princípio da dignidade as pessoas transgêneras**. Jus, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75231/utilizacao-do-nome-social-efetividade-do-principio-da-dignidade-as-pessoas-transgeneras>. Acesso em: 20 mar. 2021.

BENTO, Berenice. 2003. **A reinvenção do corpo: gênero e sexualidade na experiênciatranssexual**. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação do Departamento de Sociologia/UnB.

BIANQUE, Guilherme Fajardo. **O transexual e o Direito brasileiro**. Jusbrasil. Disponível em: <https://guifajardo.jusbrasil.com.br/artigos/336214327/o-transexual-e-o-direito-brasileiro>.

Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e

transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/d8727.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

BUTLER, Judith. **Corpos que ainda importam**. In: COLLING, L (org.). Dissidências sexuais e de gênero. Salvador: EDUFBA, 2016. p.19-42.

CONJUR. **STF define tese autorizando pessoa trans a mudar nome sem cirurgia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia>. Acesso em: 05 abr 2021.

Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº270 de 11 de novembro de 2018**. Dispõe sobre o uso do nome social pelas pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários, membros, servidores, estagiários e trabalhadores terceirizados dos tribunais brasileiros. Disponível em https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_270_11122018_12122018112523.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

DORNELES, Lucinaura Dal-Molin Menine. **Os transgêneros e o uso do nome social: repercussões na esfera social e jurídica de gênero**. Monografia, Direito, Universidade do Vale do Taquari. Lajeado, 2018, p. 68.

ELESBÃO, Elsita Collor. **Pessoa, gênero e família: uma visão integrada do direito**. In: CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de; STÜMER, Amélia Baldoíno; PINHEIRO, Maria de Lourdes Isaía; BAÚ, Marilise Kostelnaki; PIAZZETA, Naele Ochoa; FAVARETTO, Telma Sirlei Ferreira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FOUCAULT, Michael. **História da Sexualidade I: A vontade de Saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13 ed. Graal: Rio de Janeiro, 1999.

GAVIÃO, Fausto Carpegeani de Moura. **Do Princípio da Imutabilidade do Nome**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 19 maio. 2009.

GEMAA. **Universitários trans são mais negros, mais pobres e mais engajados, mostra pesquisa.** Disponível em:

<https://www.meon.com.br/noticias/brasil/universitarios-trans-sao-mais-negros-mais-pobres-e-mais-engajados-mostra-pesquisa> Acesso em: 21 mar. 2021.

GUADAGNIN, Ana Carolina Zandoná; CANSI, Francine. **O direito à identidade de gênero e ao nome social dos indivíduos transgêneros.** Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia, 2017. Disponível em:

<https://www.publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/9032>. Acesso em: 15 mar. 2021.

JUSTO, Gabriel. **Pelo 12º ano consecutivo, Brasil é país que mais mata transexuais no mundo.** Exame. Disponível em: <https://exame.com/brasil/pelo-12o-ano-consecutivo-brasil-e-pais-que-mais-mata-transexuais-no-mundo/>. Acesso em: 18 abril 2021

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Cursos de direitos humanos.** 7. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

OBA. **OAB aprova uso de nome social por advogadas travestis e transexuais.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/51639/oab-aprova-uso-de-nome-social-por-advogadas-travestis-e-transexuais>. Acesso em: 05 abr 2021.

ONU. **Pessoas transgênero.** Disponível em: <https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/05/Transgender-PT.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

POSSIDONIO, Carine Teresa Lopes De Sousa. **Identidade de gênero e utilização do nome social: propósitos e desafios.** Conteúdo Jurídico 2018. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52247/identidade-de-genero-e-utilizacao-do-nome-social-propositos-e-desafios>. Acesso em: 20 mar. 2021.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero Disponível em:

http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

REVISTA EXAME. **Pelo 12º ano consecutivo, Brasil é país que mais mata transexuais no mundo.** Disponível em: Pelo 12º ano consecutivo, Brasil é país que mais mata transexuais no mundo. Acesso em: 20 mar. 2021.

REVISTA GALILEU. **O que significam as letras LGBTQI+?** Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Sociedade/noticia/2020/03/o-que-significam-letras-da-sigla-lgbtqi.html>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SILVA, Ana Carla Rodrigues da. **Importância do uso do nome social por travestis e transexuais.** In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Organizador). Direitos Humanos das Minorias e Grupos Vulneráveis. Belo Horizonte: Arraes, 2018, p. 391-405.



VASCONCELOS Caê. **Como é ser homem trans e fazer alistamento militar.**

Ponte 2020. Disponível em: [https://ponte.org/como-e-ser-homem-trans-e-fazer-alistamento-](https://ponte.org/como-e-ser-homem-trans-e-fazer-alistamento-militar/#:~:text=%C3%89%20por%20isso%20que%20homens,documentos%20tamb%C3%A9m%20precisam%20se%20alistar)

[militar/#:~:text=%C3%89%20por%20isso%20que%20homens,documentos%20tamb%C3%A9m%20precisam%20se%20alistar](https://ponte.org/como-e-ser-homem-trans-e-fazer-alistamento-militar/#:~:text=%C3%89%20por%20isso%20que%20homens,documentos%20tamb%C3%A9m%20precisam%20se%20alistar). Acesso em: 20 mar. 2021.

OS TRANSGÊNICOS E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Lucas Henrique Lellis¹

Sérgio Luiz Milagre Junior²

RESUMO: O presente artigo visa analisar o papel importante que a observância ao princípio da precaução do direito internacional ambiental pode desempenhar no combate aos possíveis danos causados pelo crescimento do cultivo de transgênicos e os consequentes movimentos transfronteiriços desses produtos. Inicialmente, será estudado o que são de fato os organismos geneticamente modificados, as controvérsias envolvendo os supostos aspectos positivos e negativos dessas culturas, bem como o cenário atual dos transgênicos no Brasil. Na segunda parte do artigo, para melhor compreensão da importância que possui o princípio da precaução especificamente nesse assunto, abordaremos acerca dos movimentos transfronteiriços destes organismos à luz do que dispõe o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança. Por fim, será abordado sobre o princípio da precaução, com seu conceito e requisitos para aplicação, e como pode ser decisivo, de fato, para evitar danos consideráveis ao meio ambiente em decorrência de contaminação transgênica. Adotou-se na pesquisa a metodologia referencial bibliográfica, utilizando-se de artigos e obras que versam a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Transgênicos. Princípio da Precaução. Direito Internacional Ambiental.

ABSTRACT: This article aims to analyze the important role that observance of the precautionary principle of environmental international law might have fighting against possible damages cause by the cultivation development of transgenics, and the consequent cross-borders traffics of this products. Initially, will be studied what really are Genetically Modified Organisms and the controversies about suppositional strengths and negative points of these crops, also the current scene of transgenics in Brazil. In the second part of the article, for better understanding about the importance of precautionary principle, especially in this matter, will be discussed about the cross-borders traffics of Genetically Modified Organisms, according to Cartagena Protocol about Biosafety. Lastly, will be discussed about the precautionary principle, its concept and applications requirements, and how might be really crucial to avoid severe damages to the environment caused by transgenic contamination. It was used in the research the bibliographic referential methodology, using articles and academic papers that discourse about the topic.

KEYWORDS: Transgenics. Precautionary Principle. Environmental International Law.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). E-mail: lucashenrilellis@hotmail.com.

² Doutorando em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Mestre em História pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); Especializado em Direito Penal pelo Damásio Educacional; Graduado em História pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1429719832202961>. E-mail: s.milagre@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a população mundial vem apresentando um crescimento constante, sendo as maiores taxas registradas após o fim da Segunda Guerra Mundial. No início do século XX, estima-se que a população mundial era de 1,6 bilhão de pessoas, alcançando no final do mesmo século o quantitativo de 6,1 bilhões de habitantes. Atualmente, somamos cerca de 7,7 bilhões de pessoas no planeta, exercendo uma pressão considerável sobre os recursos ambientais.

Várias consequências derivaram desse crescimento expressivo da população mundial e geram, até hoje, discussões acerca dessas consequências, sendo as principais, sem sombra de dúvida, relacionadas à destruição do meio ambiente e à fome. No perpassar dessas discussões surgiu em paralelo uma possível solução, para uns, e mais um problema, para outros, os chamados Organismos Geneticamente Modificados, mais popularmente conhecidos como transgênicos.

Concomitantemente ao surgimento dos OGMs, surgiram também as promessas de que a tecnologia da modificação genética tornaria as lavouras imunes ao uso de herbicidas, extremamente resistentes a diversas pragas, e, a principal delas, geraria um aumento de produção robusto com menores gastos e aplicações reduzidas de defensivos agrícolas, o que tornaria os transgênicos indispensáveis para a alimentação da crescente população mundial.

Contudo, décadas se passaram desde o surgimento e a implantação do cultivo dos Organismos Geneticamente Modificados, porém, ainda não existe um consenso entre os estudiosos e pesquisadores acerca dos benefícios e malefícios da implementação de tal tecnologia, defendendo alguns que os produtos transgênicos trazem sim inúmeras vantagens para a agricultura e produção de alimentos em escala mundial, no entanto, defendem outros que os transgênicos ainda não apresentaram comprovadamente vantagens suficientes que compensem os danos que o seu cultivo pode causar ao meio ambiente, aos ecossistemas e à saúde dos seres humanos e animais. Diante de toda essa incerteza, é salutar a discussão acerca da observância e aplicação do princípio da precaução à questão dos organismos transgênicos, a fim de se evitar possíveis danos graves ao ecossistema, contudo, sem impedir avanços benéficos na área da tecnologia que possuiriam

potencial para equacionar problemas da humanidade, como o combate à fome e desnutrição.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS

1.1. O que são os Organismos Geneticamente Modificados?

Os OGMs são estudados por diversas instituições que acabam por defini-los com algumas distinções entre elas, distinções estas decorrentes dos interesses e posicionamentos das entidades em relação ao tema. Porém, apesar de tais diferenças, todas as definições emanadas apontam em um sentido comum.

De forma simples, Jefferson Virgínio da Silva Souza (2013, p. 18) define como transgênico “um organismo que possui em seu genoma um ou mais genes provenientes de outra espécie, desde que tenha sido modificado e inserido pelas técnicas de engenharia genética”. Desta maneira, podemos perceber a existência de uma distinção entre geneticamente modificado e transgênicos, sendo o segundo organismos que tiveram genes de outras espécies adicionados aos seus, e o primeiro, à luz da redação do art. 3º, inciso V da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança): “organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética”. Ou seja, todo produto transgênico é um Organismo Geneticamente Modificado, mas nem todo Organismo Geneticamente Modificado é um transgênico.

A tecnologia transgênica teve início em 1972 quando dois geneticistas norte-americanos chamados Stanley Cohen e Herbert Boyer desenvolveram a tecnologia do DNA Recombinante, que consiste em “unir artificialmente partes de DNA (ácido desoxirribonucléico) que não se encontram juntos na natureza”. Tal técnica foi a responsável pela possibilidade da transferência de genes de uma espécie para outra.

Um ano depois, um grupo de pesquisadores coordenados por Cohen e Boyer conseguiram isolar um gene de uma espécie de sapo e transferi-lo para uma bactéria, fazendo com que ela produzisse uma proteína específica que existia no organismo do sapo, sendo a primeira experiência bem sucedida utilizando a técnica do DNA

recombinante.

Daí em diante, vários foram os avanços científicos na área da genética, inclusive no campo da agricultura:

Em 1983, houve mais um avanço significativo para a ciência, que viria a causar uma revolução na agricultura. Uma equipe da Universidade de Washington em Saint Louis, Estados Unidos, liderada por Mary-Dell Chilton, apresentou em um congresso em Miami os resultados da primeira manipulação genética bem sucedida em plantas. Os pesquisadores incorporaram um gene da bactéria *Agrobacterium tumefaciens* a uma espécie comum de tabaco (*Nicotiana plumbaginifolia*) com técnicas de biotecnologia e deixaram a planta resistente ao antibiótico kanamicina. (MARCOLIN, 2003)

Após o decorrer de mais alguns anos, mais precisamente em 1994, foi iniciada a comercialização nos Estados Unidos do primeiro alimento geneticamente modificado, o tomate FlavrSavr, mais resistente aos danos causados no transporte, maior e mais saboroso que os seus concorrentes convencionais. Contudo, conforme esclarece Rafael Pérez Miranda (2006, p. 5), este tomate não se tratava de um alimento transgênico, tendo sido apenas “produto de reordenamento ou modificação gênica, sem incorporação de genes ou fragmentos estranhos ao organismo original”

O primeiro alimento de fato transgênico a ser comercializado foi a soja Roundup Ready da empresa Monsanto, no ano de 1995, resistente ao herbicida Roundup, à base de glifosato, sendo um dos herbicidas mais utilizados no mundo e originalmente produzido também pela Monsanto, posteriormente adquirido pela Bayer.

1.2. As controvérsias envolvendo os produtos transgênicos

Apesar de já terem se passado décadas desde o surgimento da biotecnologia capaz de modificar geneticamente seres vivos, não existe um consenso sobre os benefícios e malefícios associados à difusão dessa tecnologia na agricultura, havendo debates de posições diametralmente opostas acerca do tema:

Uma primeira visão enfatiza as múltiplas vantagens que podem advir da disseminação dos cultivos transgênicos em termos de aumento de produtividade, redução do uso de agrotóxicos e utilização mais racional dos recursos naturais não renováveis. Já a segunda visão tende a salientar as inúmeras incertezas quanto aos potenciais impactos sobre o meio ambiente e sobre a saúde humana decorrentes

da utilização intensiva de recursos biotecnológicos na agricultura. Esses impactos incluiriam desde a perda da biodiversidade, a polinização acidental de cultivos convencionais até a produção de alimentos com maiores índices de toxidade e alergenicidade. (ALVES, 2009, p. 5)

Diante do crescimento constante da população mundial, assunto já abordado no presente trabalho, e a possível escassez de alimentos gerada por esse crescimento que implica em uma demanda maior de alimentos, os entusiastas dos transgênicos sustentam que o cultivo de alimentos oriundos de sementes transgênicas se apresenta como a solução para o problema, tendo em vista a maior e mais rápida produtividade destas sementes, em comparação com sementes convencionais. Além disso, argumentam ainda que, haja vista serem plantas mais resistentes que as convencionais, o seu cultivo acarretaria uma diminuição significativa no uso de defensivos agrícolas.

Entretanto, aduzem os opositores que as promessas supracitadas não retratam o que ocorre na prática. Em um artigo publicado na revista *The New York Times*, Danny Hakin (2016) expôs que na contramão do que era prometido pelas empresas produtoras de sementes geneticamente modificadas, um estudo realizado pela ONU concluiu que, embora utilizem sementes transgênicas, as safras nos Estados Unidos e Canadá não apresentaram aumento significativo de produção, bem como houve aumento do uso de herbicidas nas lavouras norte-americanas:

Uma análise do *The Times* usando dados das Nações Unidas mostrou que os Estados Unidos e o Canadá não obtiveram nenhuma vantagem perceptível em rendimentos - alimentos por acre - quando comparados à Europa Ocidental, uma região com produtores agrícolas modernizados como França e Alemanha. Além disso, um relatório recente da National Academy of Sciences concluiu que “havia pouca evidência” de que a introdução de safras geneticamente modificadas nos Estados Unidos levou a ganhos de produtividade além daqueles observados em safras convencionais.

Ao mesmo tempo, o uso de herbicidas aumentou nos Estados Unidos, embora as principais safras como milho, soja e algodão tenham sido convertidas em variedades modificadas. E os Estados Unidos ficaram atrás do maior produtor da Europa, a França, na redução do uso geral de pesticidas, que inclui herbicidas e

inseticidas. (HAKIM, 2016)

Como outro argumento os defensores dos transgênicos sustentam que o cultivo desses produtos gera um benefício ao meio ambiente, tendo em vista que o cultivo de OGMs resistentes à pragas acarreta uma redução no uso de agrotóxicos; resistentes à herbicidas reduzem a utilização em sua totalidade de defensivos aplicados e do maquinário utilizado nas lavouras, reduzindo também a emissão de gases na atmosfera.

Em contramão a essa ideia, existe a perspectiva de que o cultivo dos OGMs gere um aumento da utilização de agrotóxicos nas plantações, tendo em conta a resistência das plantas transgênicas, por exemplo, aos herbicidas, fazendo com que possa ter um aumento da aplicação sem que a planta morra. Diante disso, teme-se que haja uma contaminação cada vez maior do solo, dos lençóis freáticos e afetando o meio ambiente como um todo.

Essa tese encontra-se consubstanciada no renomado princípio de Direito Internacional Ambiental, chamado Princípio da Precaução, que estabelece que, segundo a Declaração de Wingspread (1970), medidas de precaução deverão ser tomadas quando uma atividade representar perigo de dano ao meio ambiente e à saúde humana, mesmo que ainda não haja sido plenamente estabelecido pela ciência algumas relações de causa e efeito.

Ademais, tem-se receio de que as plantas transgênicas possam cruzar de forma descontrolada com outras plantas convencionais, em decorrência dos agentes polinizadores presente no ambiente, fato que poderia ocasionar a transmissão de genes artificialmente inseridos para plantas que a priori não sofreram mutação genética, podendo causar danos irreversíveis imensuráveis e inimagináveis ao ecossistema, à biodiversidade e à agricultura convencional (DELITTI, 2014).

Um argumento que vem tomando cada vez mais força entre os avessos à tecnologia transgênica é de que ainda não houve tempo para a realização de estudos que possam constatar a existência ou não de riscos à saúde humana e animal, decorrentes do consumo de alimentos transgênicos, como reações alérgicas e alterações no metabolismo (DELLITI, 2014).

Em contrapartida, no outro lado do espectro, os defensores dos alimentos transgênicos aduzem que os estudos até então realizados e a regulamentação

permissiva do cultivo desses alimentos comprovam a inexistência de riscos à saúde.

A realidade é que, até o presente momento, não existem estudos cabais que comprovam a existência ou não de danos à saúde humana ou animal em virtude do consumo de transgênicos.

2. MOVIMENTOS TRANSFRONTEIRIÇOS DOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS

Conforme abordado no capítulo anterior, uma das preocupações decorrentes do crescimento do cultivo de alimentos transgênicos diz respeito à possibilidade de plantas transgênicas possam vir a contaminar a biodiversidade convencional, por meio da polinização cruzada, transferindo às plantas nativas e convencionais genes modificados em laboratório.

Diante disso, iniciou-se uma discussão em âmbito internacional a fim de regulamentar os movimentos transfronteiriços dos organismos transgênicos, que será o assunto abordado no presente capítulo.

O movimento transfronteiriço dos transgênicos, como o significado literal da palavra “transfronteiriço” já nos indica, pode ser definido como a movimentação desses alimentos para além das fronteiras de um país, ou seja, o deslocamento de organismos transgênicos de um Estado para o outro. Esses movimentos podem ser distinguidos entre intencionais, não intencionais e ilícitos.

De acordo com o texto do Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica, celebrado em Montreal em 29 de janeiro de 2000 e promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 5.705 de 16 de fevereiro de 2006, movimentos transfronteiriços intencionais são aqueles decorrentes dos processos de exportação e importação de alimentos transgênicos de uma Parte para outra Parte, ressalvando também as exceções que incluem movimentações entre Partes e não-Partes do Protocolo (DELITTI, 2014).

Os denominados movimentos não intencionais e ilícitos, por serem mais complexos e potencialmente problemáticos, serão tratados a seguir em tópico próprio.

2.1. Movimentos transfronteiriços não intencionais e ilícitos

Segundo Luana Delitti (2014, p.116), movimentos transfronteiriços não intencionais são aqueles que não compreendem nas operações comerciais de importação e exportação realizadas em mútuo acordo pelas partes e consistem nos casos de contaminação transgênica.

O Protocolo de Cartagena (2000), promulgado no Brasil em 16 de fevereiro de 2006 pelo Decreto nº 5.705, estabelece em seu artigo 17 algumas obrigações dos países signatários diante da ocorrência de algum fato potencialmente causador de um movimento transfronteiriço não intencional de um organismo vivo geneticamente modificado que possa gerar um efeito prejudicial à diversidade biológica ou à saúde humana. O referido artigo do Protocolo de Cartagena dispõe:

Artigo 17

Movimentos Transfronteiriços Não-Intencionais e Medidas de Emergência
Cada Parte tomará medidas apropriadas para notificar os Estados afetados ou potencialmente afetados, o Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança e, conforme o caso, as organizações internacionais relevantes, quando tiver conhecimento de uma ocorrência dentro de sua jurisdição que tenha resultado na liberação que conduza, ou possa conduzir, a um movimento transfronteiriço não-intencional de um organismo vivo modificado que seja provável que tenha efeitos adversos significativos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana nesses Estados. A notificação será fornecida tão logo a Parte tenha conhecimento dessa situação.

Cada Parte comunicará, no mais tardar na data de entrada em vigor do presente Protocolo para ela, ao Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança os detalhes relevantes sobre seu ponto de contato para os propósitos de recebimento das notificações no âmbito do presente Artigo.

Toda notificação emitida de acordo com o parágrafo 1º acima, deverá incluir: a) as informações disponíveis relevantes sobre as quantidades estimadas e características e/ou traços relevantes do organismo vivo modificado; b) as informações sobre as circunstâncias e data estimada da liberação, assim como sobre o uso do organismo vivo modificado na Parte de origem; c) todas as informações disponíveis sobre os possíveis efeitos adversos na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana, bem como as informações disponíveis sobre possíveis medidas de manejo de risco; d) qualquer outra informação relevante; e e) um ponto de contato para maiores informações.

A fim de minimizar qualquer efeito adverso na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana, cada Parte em cuja jurisdição tenha ocorrido a liberação do organismo vivo modificado referida pelo parágrafo 1º acima consultará imediatamente os Estados afetados ou potencialmente afetados para lhes permitir determinar as intervenções apropriadas e dar início às ações necessárias, inclusive medidas de emergência.

Com relação aos movimentos transfronteiriços ilícitos, a definição se encontra

também no Protocolo de Cartagena, em seu art. 25 com a seguinte redação:

Artigo 25

Movimentos Transfronteiriços Ilícitos:

Cada Parte adotará medidas internas apropriadas com o objetivo de impedir e, conforme o caso, penalizar os movimentos transfronteiriços de organismos vivos modificados realizados em contravenção das medidas internas que regem a implementação do presente Protocolo. Esses movimentos serão considerados movimentos transfronteiriços ilícitos.

No caso de um movimento transfronteiriço ilícito, a Parte afetada poderá solicitar à Parte de origem para dar fim, com ônus, ao organismo vivo modificado em questão por meio de repatriação ou destruição, conforme o caso.

Cada Parte tornará disponível ao Mecanismo de Intermediação de Informação sobre Biossegurança as informações sobre os casos de movimentos transfronteiriços ilícitos que lhe digam respeito.

Apesar do estabelecimento dessas medidas a fim de evitar contaminações, o Relatório de Contaminação de 2006 do Greenpeace mostra a ocorrência de um controle ineficaz, sendo registrados diversos casos de contaminação e liberação ao longo dos anos, conforme tabela abaixo com registros de contaminação entre 1997 e 2006:

Ano	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	Total
Contaminação	1	1	3	19	16	17	9	16	10	15	106
Liberação ilegal	1	1	1	1	2		1	3	8	9	27
Efeitos colaterais agrícolas negativos	1	1	2					1	3		8
Total	3	3	6	21	18	17	10	20	21	24	142

Fonte: Registros de Contaminação Transgênica 2006. São Paulo: GreenpeaceInternacional, 2007.

Para fins de melhor interpretação desta tabela, segundo Luana Delitti (2014, p. 119 – 120):

[...] entende-se por incidente de contaminação quando em um alimento, ração ou espécie selvagem se detecta, através de testes laboratoriais, a presença não intencional de material geneticamente modificado. Por liberações ilegais se entendem os casos em que se reconhece oficialmente que as regras de liberação comercial e de plantio de OGMs não foram obedecidas. E os efeitos colaterais agrícolas negativos na agricultura compreendem os estudos apontados pela literatura científica de problemas advindos dos transgênicos.

A contaminação genética ocorre quando uma planta convencional se mistura com uma modificada pela biotecnologia moderna e pode acontecer pela polinização e de forma mecânica, quando, por exemplo, máquinas da produção agrícola transportam sementes para outras plantações. Há uma enorme dificuldade de se evitar que isso aconteça, sobretudo diante do quadro de impunidade e de ausência de monitoramento efetivo.

Ainda de acordo com o relatório do, as principais culturas transgênicas cultivadas foram responsáveis por cerca de 85% das ocorrências registradas entre 1997 e 2006, sendo elas o milho com 51 ocorrências representando 35%; a soja com 34 ocorrências representando 24%; a canola com 20 ocorrências representando 18% e, por fim, o algodão com 12 ocorrências representando 9%.

Os riscos da contaminação transgênica geram enormes preocupações por si só, sendo potencializadas pelo crescimento exponencial dos plantios e comercialização de OGMs ao redor do mundo, conforme análise sobre o status global das variedades transgênicas e biotecnológicas comerciais até 2011 feita pelo autor Clives James, para o *International Service for the Acquisition of Agri-biotech Applications – ISAAA* (serviço internacional para a aquisição de aplicações em agro biotecnologia):

Devido aos benefícios significativos, o forte crescimento prosseguiu em 2011 com um aumento na casa de dois dígitos de 12 milhões de hectares, um índice de crescimento anual de 8%, chegando a 160 milhões de hectares, acima dos 148 milhões de hectares registrados em 2010. Um aumento de 94 vezes dos 1,7 milhões de hectares em 1996 para 160 milhões de hectares em 2011, fez com que as variedades transgênicas setornassem a tecnologia agrícola mais rapidamente adotada dos últimos anos. (...)

Em 2011, um recorde de 16,7 milhões de agricultores, 1,3 milhões ou 8% a mais do que em 2010, cultivaram transgênicos – em especial mais de 90%, ou 15 milhões eram pequenos agricultores com poucos recursos nos países em desenvolvimento; os agricultores são mestres em aversão a riscos e em 2011, um recorde de 7 milhões de pequenos agricultores na China e outros 7 milhões na Índia, escolheram plantar 14,5 milhões de hectares de algodão Bt. (JAMES, 2011)

Por fim, o Greenpeace trouxe em seu relatório de 2006 algumas conclusões preocupantes acerca dos movimentos transfronteiriços não intencionais e ilícitos, e do controle da contaminação transgênica:

O controle dos organismos transgênicos, desde o laboratório até o campo, é ineficaz e propenso a falhar.

Os países e as empresas são, freqüentemente, incapazes de impedir o comércio ilegal de safras transgênicas.

Nenhum sistema de controle, físico ou biológico, é perfeitamente seguro – erros humanos sempre resultarão em acidentes.

Não existem sistemas independentes adequados para detectar e investigar a contaminação, liberações ilegais e efeitos colaterais negativos dos organismos transgênicos. Estruturas nacionais, internacionais e corporativas são inadequadas e, provavelmente, por isso, a maioria dos incidentes de contaminação transgênica não é detectada e, certamente, somente uma fração dos casos descobertos é publicada.

Os países não estão cumprindo suas obrigações junto ao Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança de informar sobre movimentações transfronteiriças ilegais de OGMs.

Genes potencialmente perigosos podem ser inseridos na cadeia de alimentos e no meio ambiente como resultado dos controles ineficientes e da ausência de informações devido às reivindicações de sigilo comercial.

Os custos econômicos da contaminação e de outros incidentes têm sido e, provavelmente, continuarão a ser enormes no futuro. Os custos à saúde, ambientais e sociais são potencialmente imensos.

A seguir, abordaremos o assunto principal do presente artigo, o papel do princípio da precaução no combate a possíveis danos ambientais causados por contaminação transgênica.

3. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O art. 225, §3º da Constituição Federal institui o conceito de responsabilidade ambiental, sendo elas em três diferentes instâncias: a administrativa, a criminal e a civil, pois possibilita a culminação de sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (JUNIOR, 2013). O texto do dispositivo legal supracitado dispõe: “

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Contudo, não obstante já restar positivado no texto constitucional a responsabilização em caso de danos causados ao meio ambiente, em alguns casos, os danos gerariam impactos tão extensos e graves que a reparação de fato seria

impossível a indenização seria inútil, ante todo o estrago gerado. Diante disso, surgiu o princípio da precaução, de acordo com Gabriela Bueno de Almeida Moraes (2011, p. 89):

[...] com o intuito de modificar os institutos da responsabilização e indenização e de promover a prevenção de danos irreversíveis em situações de extrema incerteza. Tal princípio inverte a lógica da responsabilidade clássica, exigindo uma medida cautelar antes do dano efetivo, já que, nesses casos, a mera indenização ou compensação seriam inócuas diante da extensão, incomensurabilidade e gravidade do impacto ambiental.

A consagração deste princípio se deu com o advento da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, com a seguinte redação:

Princípio 15: A fim de proteger o meio ambiente, a abordagem preventiva deve ser amplamente aplicada pelos Estados, na medida de suas capacidades. Onde houver ameaças de danos sérios e irreversíveis, a falta de conhecimento científico não serve de razão para retardar medidas adequadas para evitar a degradação ambiental.

Cumpramos ressaltar que, conforme esclarece também Gabriela Bueno (2011, p. 91), o conceito de tal princípio não é uniforme dentro da doutrina, porém, dentro dos diversos conceitos existentes, podemos extrair que o princípio da precaução será aplicado quando dois elementos fundamentais estejam presentes, quais sejam: ameaça de danos graves e irreversíveis e a ausência de certeza científica quanto à origem ou impactos de determinada atividade.

Com base nisso, podemos concluir que o princípio da precaução deverá ser aplicado quando a informação científica é inconclusiva ou insuficiente quanto à existência ou não de prejuízos ambientais e a possível gravidade desses prejuízos. Nessamesma linha, o autor Paulo Affonso Leme Machado (2013, p. 109) ensina:

A precaução não só deve estar presente para impedir o prejuízo ambiental, mesmo incerto, que possa resultar das ações ou omissões humanas, como deve atuar para a prevenção oportuna desse prejuízo. Evita-se o dano ambiental, através da prevenção no tempo certo.

O princípio da precaução, portanto, conforme elucidada Sarah Santana Schroeder (2009, p. 21), está intimamente ligado às incertezas humanas, porém cercado também de interrogações, onde deve ser considerado tanto o perigo em si, quanto a ausência

de conhecimentos científicos em relação a esse perigo.

Apesar de objetivar principalmente a conservação e a proteção do meio ambiente de danos extensos, este princípio tem como objetivo também a não “imobilização” dos avanços tecnológicos, garantindo que esses avanços ocorram e sejam aplicados de forma sustentável, proporcionando um equilíbrio com a natureza (Schroeder, 2009).

CONCLUSÃO

O meio ambiente saudável e equilibrado é um direito de toda a coletividade, garantido no Brasil como um direito fundamental positivado no art. 225 da Constituição Federal. Além de um direito, é cada dia mais um dever de todos contribuir para a manutenção desse direito, de forma a garantir que, ante a crescente exigência de produção de recursos, esta ocorra de maneira sustentável, a fim de garantir que as necessidades da geração atual sejam atendidas, sem, contudo, comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações.

Diante do descompasso entre a necessidade da exploração de uma agricultura mais produtiva, a fim de atender a demanda alimentar da crescente população mundial, o desconhecimento em relação aos impactos que as lavouras transgênicas podem causar ao meio ambiente e a imprescindibilidade de um maior compromisso com a preservação ambiental, a observância do princípio da precaução se mostra como o meio adequado para garantir o atendimento à demanda de alimento pela população mundial, evitando, por sua vez, acidentes capazes de ocasionar danos graves ao meio ambiente.

Essa observância poderia ser concretizada por meio da adoção de um número maior de medidas mais eficazes, com o intuito de evitar ao máximo a ocorrência de possíveis incidentes de contaminação transgênica, bem como o financiamento para a realização de mais estudos nessa seara, permitindo a continuidade da produção desses alimentos até que tais estudos possam chegar a um resultado mais conclusivo, mas também garantindo uma maior segurança a um meio ambiente saudável.

REFERÊNCIAS

20 ANOS depois da aprovação, transgênico se torna regra no campo. **Exame**, 2018. Disponível em:<<https://exame.com/brasil/20-anos-depois-da-aprovacao-transgenico-se-torna-regra-no-campo/>>. Acesso em: 12 de mar. de 2021.

AFFONSO LEME MACHADO, P. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. Disponível em:<<http://licenciadorambiental.com.br/wp-content/uploads/2018/05/MACHADO-Paulo-Affonso-Leme.-DIREITO-AMBIENTAL-BRASILEIRO.pdf>>. Acesso em: 23 de abr. de 2021.

ALIMENTOS transgênicos. **Portal educação**. Disponível em:<<https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/medicina-alternativa/alimentos-transgenicos/39036#>>. Acesso em: 06 de mar. de 2021.

APERTA o cerco contra o *roundup*, herbicida mais usado no mundo. **Revista Galileu**, 2018. Disponível em:<<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Meio-Ambiente/noticia/2018/08/aperta-o-cerco-contra-o-roundup-herbicida-mais-usado-no-mundo.html>>. Acesso em: 10 de mar. de 2021.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 12 de mar. de 2021.

BRASIL, Decreto Legislativo nº 908, de 2003. Disponível em:<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2003/decretolegislativo-908-21-novembro-2003-491245-exposicaodemotivos-142812-pl.html#:~:text=Aprova%20o%20texto%20do%20Protocolo,29%20de%20janeiro%20de%202000>>. Acesso em: 26 de mar. de 2021.

BRASIL, Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>.

Acesso em: 26 de mar. de 2021.

BRASIL, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 12 de mar. de 2021.

BRASIL, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 12 de mar. de 2021.

BUENO DE ALMEIDA MORAES, G. **O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em:<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-03092012-111415/publico/MORAES_Gabriela_Bueno_de_Almeida_Dissertacao_de_mestrao_integral.pdf>. Acesso em: 22 de abr. de 2021.

CRISTINA FERRAZ ALVES, M. **A regulamentação internacional dos transgênicos: contradições e perspectivas.** Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 333. 2009.

Declaração do Rio sobre meio ambiente e desenvolvimento. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/proclima/wp-content/uploads/sites/36/2013/12/declaracao_rio_ma.pdf>. Acesso em: 23 de abr. de 2021.

FACCHINI, Claudia. Programa “Soja Livre” quer combater oligopólio dos transgênicos. **Brasil Econômico**, 2010. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/empresas/agronegocio/programa-soja-livre-quer-combater-oligopolio-dos-transgenicos/n1237822174385.html>>. Acesso em: 10 de mar. de 2021.

FERRAZ ALVES, M. C. A regulamentação internacional dos alimentos transgênicos: contradições e perspectivas. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

FRANCISCO TAVARES DA SILVA JUNIOR, L. A aplicação da responsabilidade civil objetiva: limitações e a teoria do risco integral. **Âmbito Jurídico**. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-aplicacao-da-responsabilidade-civil-ambiental-objetiva-limitacoes-e-a-teoria-do-risco-integral/#:~:text=3.->

,A%20responsabilidade%20civil%20ambiental,de%20reparar%20os%20danos%20causados>. Acesso em: 22 de abr. de 2021.

GREENPEACE INTERNACIONAL, Registro de contaminação transgênica – 2006. Disponível em: <<http://www.agrisustentavel.com/trans/contaminado.pdf>>. Acesso em: 28 de mar. de 2021.

HAKIM, Danny. Doubts About the Promised Bounty of Genetically Modified Crops. **The New York Times**, 2016. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/10/30/business/gmo-promise-falls-short.html%20-%20Acesso%20em%2009/03/2021>>. Acesso em: 09 de mar. de 2021.

JAMES, Clive. Status Global das Variedades Transgênicas/Biotecnológicas Comerciais:2011. Disponível em: <<https://www.isaaa.org/resources/publications/briefs/43/highlights/pdf/Brief%2043%20-%20Highlights%20-%20Portuguese.pdf>>. Acesso em: 28 de mar. de 2021.

MARCOLIN, Neldson. Revolução no campo. **Pesquisa FAPESP**, 2003. Disponível em: <<https://revistapesquisa.fapesp.br/revolucao-no->

A MORTE MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO COMPARADO: OCASO PORTUGUÊS

Eduardo Moraes Lameu Silva¹

Natássia Pauline Guerra Barboza²

RESUMO: Considerando a relevância do debate Bioético acerca da regulamentação da morte assistida, seja através da eutanásia ou do suicídio assistido pretende-se trazer uma abordagem em sede de Direito comparado, utilizando o mais recente caso da tentativa de regulamentação do tema em Portugal. Pautou-se pela utilização do método de pesquisa bibliográfica através da leitura da Legislação nacional e estrangeira, da Doutrina e de reportagens e textos técnicos sobre o assunto. Tal trabalho foi estruturado em três capítulos sendo: o primeiro sobre o âmbito conceitual do tema; o segundo sobre o direito à morte no ordenamento jurídico brasileiro e o terceiro sobre a tentativa de regulamentar a eutanásia em Portugal. Espera-se demonstrar com tal artigo a dificuldade de enfrentar o tema no que se refere ao seu caráter procedimental.

PALAVRAS- CHAVE: morte assistida. Direito Português. eutanásia.

ABSTRACT: Considering the relevance of the Bioethical debate about the regulation of assisted death, whether through euthanasia or assisted suicide, we intend to bring an approach based on comparative law, using the most recent case of attempting to regulate the theme in Portugal. It was guided by the use of the bibliographic research method through the reading of the national and foreign Legislation, of the Doctrine and of reports and technical texts on the subject. This work was structured in three chapters: the first on the conceptual scope of the theme; the second on the right to death in the Brazilian legal system and the third on the attempt to regulate euthanasia in Portugal. It is hoped to demonstrate with this article the difficulty of facing the theme with regard to its procedural character.

KEYWORDS: assisted death. Portuguese law. euthanasia.

¹ Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Fundação Mineira de Educação e Cultura (FUMEC). Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera UNIDERP (2015). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais PUC MG (2016). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito Conselheiro Lafaiete (2014). Professor na Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete

² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – MG. E-mail: natassiguerra@gmail.com

INTRODUÇÃO

O tema concernente aos limites da finitude humana incomoda a muitos e a outros encanta. Fato é que, diuturnamente, surgem novas decisões de Cortes Constitucionais, Projetos de Lei, Normativos e estudos técnicos não somente no Brasil como no mundo.

Ainda que uma minoria de países tenha legalizado e regulamentado o suicídio assistido e a eutanásia, diversos outros trazem frequentemente o tema para debate em sede constitucional.

Considerando tal relevância, pretende-se trazer nesse artigo uma abordagem do tema, utilizando como pano de fundo para as dificuldades em se legalizar o procedimento mais recente caso de Portugal.

Para construir um raciocínio lógico tal trabalho foi estruturado em três capítulos, sendo o primeiro dedicado a uma abordagem conceitual, diferenciando eutanásia, ortotanásia, mistanásia e distanásia. Posteriormente, será dedicado um trabalho a exposição de como se encontra a situação jurídica da eutanásia no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, o último capítulo será dedicado a expor sobre as justificativas e o procedimento do projeto de Lei para regulamentar a morte assistida em Portugal – além da sua posterior declaração de inconstitucionalidade pela Corte Constitucional Portuguesa.

Espera-se que tal artigo seja uma fonte de pesquisa para futuros aprofundamentos e debates em âmbito acadêmico. A discussão sobre o tema é necessária e emergente.

1. ÂMBITO CONCEITUAL

Para analisar o tema eutanásia, é importante perpassar pelos principais conceitos atinentes ao tema: eutanásia, de ortotanásia, de distanásia e de mistanásia.

O sentido da palavra eutanásia vem do grego *eu* mais a palavra *thanatos* que significa morte sem dor ou boa morte, segundo Magalhães (2014), assunto que vem sendo discutido desde a Grécia Antiga. O sentido da eutanásia é o fato de haver uma intervenção na vida, dessa forma, provoca-se o fim sofrimento que a pessoa esteja

vivendo, com o fim de determinada doença ou de um estágio terminal que estejam acometidas.

De acordo com Cauduro (2007) o conceito de eutanásia é a ideia de provocar a morte de alguém conscientemente, com cunho moral e social, “a intenção daquele que realiza a eutanásia é encerrar (...) a enfermidade incurável ou penosa, para suprir a agoniada demasiada longa e dolorosa, do chamado paciente terminal” (CAUDURO, 2007, p. 20).

Segundo Gianello e Wink (2017) a eutanásia, na doutrina, possui duas classificações, a primeira é a ação empregada pelo “executor” e a segunda é em relação ao consentimento do paciente. Nesta primeira classificação, Gianello e Wink (2017) traz a ideia de que existe uma eutanásia ativa, que significa executá-la de modo deliberado levando o indivíduo à morte sem sofrimento, e a eutanásia passiva, que significa a omissão de meios ou interrupções de medidas que prolongariam a vida e sua ausência antecipariam a morte do paciente.

Na segunda classificação trata-se da ação de eutanásia através do consentimento do paciente que está acometido a determinada doença ou que esteja em estágio terminal, são três espécies que Gianello e Wink (2017) apresentam:

(...) (a) a eutanásia voluntária, quando se atende a vontade expressa do paciente, podendo ser também enquadrado como “suicídio assistido”; (b) a eutanásia involuntária, quando a morte é induzida contra a vontade do enfermo, caracterizando assim espécie de “homicídio”; e (c) a eutanásia não voluntária, que é quando a morte acontece sem o paciente poder manifestar a sua vontade quanto a ela. (GIANELLO, WINK, 2017, p. 4).

A ortotanásia significa morte correta, na origem das palavras temos *orto* (certo) e *thanatos* (morte), para Junges *et al.* (2010) a ortotanásia “significa o não prolongamento artificial do processo da morte, além do que seria o processo natural”. Sendo assim, a morte do paciente não será prolongada a partir de equipamentos artificiais. De acordo com Sameshima:

(...) a ortotanásia é o procedimento médico que, diante da morte inevitável e iminente do paciente, interrompe o tratamento inútil da doença, que somente prolongaria um sofrimento desnecessário, e conduz à realização de cuidados paliativos que visem conferir dignidade no morrer. Isto é, os medicamentos se limitam a diminuir as dores, sondas de alimentação são afastadas e aparelhos ineficazes, em virtude da doença, são desativados. (SAMESHIMA, 2012, p. 34).

Dessa forma, na ortotanásia é descartado o tratamento agressivo, ocorrendo a morte de forma natural e sendo priorizada a qualidade de vida restante do paciente. É importante salientar a diferença na conduta da ortotanásia e da eutanásia passiva, a primeira é a causa da morte que já se instalou no paciente, na segunda, a omissão dará causa no resultado da morte do paciente. (SAMESHIMA, 2012).

A distanásia é fundamentada em todas as formas possíveis para que o paciente continue vivo, mesmo que não haja um meio para a cura da enfermidade, ocorrendo um prolongamento inútil ou artificial da vida. De acordo com os estudos de Silva e Colombo(2016) “na distanásia o paciente já se encontra em processo natural de óbito, mas os médicos tentam a recuperação do doente a todo custo ao invés de contribuir ou consentir o óbito natural aumentando assim a agonia e sofrimento”. (SILVA, COLOMBO, 2016). Nos estudos Gianello e Wink (2017) foi analisada uma interpretação doutrinária de MariaHelena Diniz afirmando do que se trata a distanásia, a qual:

(...) não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte. Em outras palavras, a distanásia é o procedimento médico pelo qual se busca não a qualidade da vida remanescente, mas sim o prolongamento ao máximo do tempo de vida restante do paciente, fazendo uso de todos os recursos e procedimentos necessários para que seja possível, o que, conseqüentemente, acaba por prorrogar também o sofrimento do enfermo. (GIANELLO, WINK, 2017, p. 4).

A mistanásia é uma morte prematura e miserável, que poderia ser evitada e, atinge a população que é mais vulnerável socialmente, como consequência, esses indivíduos têm seus direitos à saúde violados. Sendo assim, de acordo com Filho e Vargas(2020), para que ocorra a mistanásia:

(...) o indivíduo deve se encontrar em uma situação vulnerável, dolorosa e miserável, como uma doença grave curável, machucado ou faminto, tendo em vista, a possibilidade da reversibilidade de sua condição, e por fim, sua morte prematura decorrente de uma ação ou omissão humana e/ou estatal, como maus-tratos, abandono ou violência. (...) é importante salientar que o indivíduo deve possuir a vontade de permanecer vivo, valendo lembrar, que nem toda morte provocada por ação ou omissão humana é Mistanásia, sendo necessária a análise e confirmação das situações supracitadas, diferentemente da morte comprovadamente provocada por ação ou omissão estatal que será, em todos os casos, Mistanásia. (FILHO, VARGAS, 2020).

Dessa forma, trazidas tais considerações de ordem teórica, adentra-se à delimitação do tema no ordenamento jurídico brasileiro.

2. O DIREITO À MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Partindo para a análise da legislação brasileira e dos normativos que podem ser aplicados ao tema, encontra-se uma lacuna na legislação no que se refere à eutanásia. Lacuna no sentido de não haver nenhum dispositivo específico sobre a eutanásia no âmbito da Constituição da República Federativa do Brasil, Código Penal ou outra legislação especial.

No ordenamento jurídico brasileiro a eutanásia se aproxima da conduta criminosa enquadrada no artigo 121, §1º, do Código Penal, qualificada como homicídio simples e terá diminuição da pena de um sexto a um terço. De acordo com GRECO (2016), a eutanásia se amolda à primeira parte do artigo que trata do “motivo de relevante valor moral”, especificando que:

Quando o agente causa a morte do paciente já em estado terminal, que não suporta mais as dores impostas pela doença da qual está acometido, impelido por esse sentimento de compaixão, deve ser considerado um motivo de relevante valor moral, impondo-se a redução obrigatória da pena. (GRECO, 2016, p. 21).

Porém, impende mencionar que o artigo 121 do diploma penal não usa o termo eutanásia: “Art. 121 (...) §1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.” (BRASIL, 1940)

Já ortotanásia é defendida pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1995/2012, a nomenclatura não é utilizada no texto da resolução, mas é possível compreender a busca pela preponderância em relação à vontade expressa do paciente que se encontra em estado de saúde crítico ou não quanto à prática de tratamentos. De acordo com os estudos apresentados por Bitencourt (2017):

A Resolução 1.995/2012 do CFM regulamentou as intituladas “diretivas antecipadas de vontade” ou “testamento vital” do paciente acometido de

doença em estado terminal de vida. Isso significa afirmar que o indivíduo terá respeitada a sua vontade de não prosseguir com a utilização de artifícios tecnológicos para atrasar a sua morte. É a ortotanásia, ou como mencionado anteriormente, a “morte natural”. (BITENCOURT, 2017).

Como dito anteriormente, no Brasil a eutanásia é considerada uma conduta criminosa, o senador Gilvan Borges apresentou o projeto de lei nº 125/1996 que legalizava a prática da eutanásia, nesse projeto segundo Correia (2019), a eutanásia seria permitida desde que uma junta médica atestasse o sofrimento do paciente que estivesse doente, desde que o mesmo requisitasse a eutanásia e se caso não estivesse consciente, a decisão poderia ser tomada por seus familiares. Essa proposta nunca foi votada e está arquivada.

Versando sobre assunto, existe o projeto de lei nº 236/2012, que cria um tipo penal próprio para a eutanásia, de autoria do senador José Sarney, o projeto está em tramitação e na situação atual está aguardando designação do relator. Segundo Barbosa e Losurdo (2018) “o texto trata não apenas da conduta da eutanásia, aplicando-lhe uma pena mais branda, como também inclui em seu parágrafo segundo a exclusão de ilicitude para a ortotanásia”, como explicitado abaixo:

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave: Pena de prisão de dois a quatro anos. §1º O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima. §2º Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão. (BARBOSA, LOSURDO, 2018, p. 175).

Conforme verificado acima, não tratar do tema em sede do Direito positivo brasileiro representa um retrocesso na legislação, visto não contemplar uma realidade fática cada vez mais presente na sociedade.

A seguir adentra-se no estudo comparado com o Direito Português, usando como base a mais recente decisão do Tribunal Constitucional Português que entendeu pela inconstitucionalidade da legalização da eutanásia.

3. EUTANÁSIA EM PORTUGAL: ESTUDO COMPARADO

Em Portugal, há alguns anos se debate a questão da legalização da eutanásia. Fato mais recentemente foi quando o Parlamento Português unificou cinco projetos de Lei aprovados sobre o tema em um único projeto. A principal iniciativa veio do Partido Socialista Português, o Parlamento aprovou a legalização da eutanásia e o suicídio assistido, em janeiro de 2021. O projeto foi aprovado por 136 (cento e trinta e seis votos a favor), 78 (setenta e oito) contra e 4 (quatro) abstenções. O diploma legislativo português especificava que cidadãos portugueses e estrangeiros residentes no país português, maiores de 18 anos, lúcidos e conscientes poderiam fazer o pedido.

Destaca-se inicialmente trecho da exposição de motivos do projeto:

Não se defende aqui que a vontade do paciente seja absoluta, isto é, que o médico execute sempre o pedido pelo doente, nos exactos termos em que tal é pedido. Aquilo que se defende é que a vontade do paciente seja tida em conta, em todos os momentos, nomeadamente em relação à questão do fim de vida. Ora, as decisões sobre a morte e, em especial, sobre o modo em que esta ocorre, são de extrema importância. Assim, quando uma pessoa, de forma consciente e esclarecida, define as condições que quer para a sua morte, tal vontade deve ser valorada e não liminarmente ignorada, como ocorre actualmente. (PORTUGAL, 2019).

Será feita uma breve exposição aqui dos principais dispositivos do projeto de lei. Sobre o conceito de morte medicamente assistida, entende tal projeto que seria a interferência, consentida e informada de forma a abreviar a morte de doentes sem potencial de cura e com excessivo sofrimento, concretizando-se através da eutanásia ou do suicídio assistido.

Quanto aos requisitos para pleitear elenca-se: ser maior de 18 anos; possuir nacionalidade portuguesa ou residir legalmente no país; não ser interditado e; não possuir nenhuma doença mental.

Com relação ao pedido estabelecia o projeto:

Artigo 5.º Pedido do doente 1 – O doente que pretenda requerer a morte medicamente assistida deverá formular o seu pedido junto de médico à sua escolha, doravante designado por médico assistente, nomeadamente o médico de família ou o médico que faça o seu acompanhamento em sede hospitalar ou em cuidados paliativos. 2 – Sem prejuízo da manifestação oral de vontade, o doente terá obrigatoriamente de redigir o seu pedido por escrito e entregá-lo ao médico assistente, devendo a assinatura deste ocorrer na

presença do médico assistente.

Artigo 6.º Apreciação do pedido pelo médico assistente 1 – Recebido o pedido, o médico deve apreciar o mesmo, de modo a verificar se estão preenchidos os requisitos previstos nos artigos 3.º, 4.º e 5.º da presente lei. 2 – Caso se encontrem preenchidos, o médico deve: a) Informar o doente do seu estado de saúde e a sua expectativa de vida; b) Discutir com ele o seu pedido de eutanásia ou suicídio medicamente assistido; c) Discutir com o doente outras possibilidades terapêuticas ainda disponíveis, se for o caso, assim como as possibilidades oferecidas pelos cuidados paliativos e as suas consequências e impactos na vida do doente; d) Consultar outro médico, cuja área de especialização corresponde a da patologia que esteja em causa, doravante designado por médico consultado, para que este se pronuncie sobre o estado de saúde do doente e sobre a admissibilidade do pedido de morte medicamente assistida; e) Salvo oposição do doente, discutir o pedido com o médico ou equipa de médicos que assegure os cuidados regulares do doente; f) Salvo oposição do doente, discutir o pedido com o seu agregado familiar ou, caso este viva sozinho, os seus familiares mais próximos; g) Efectuar todas as diligências que tenha por adequadas no caso concreto para se assegurar de que o pedido é voluntário e que foi proferido de forma séria, reflectida e livre de quaisquer pressões externas. 3 – O médico deve conversar com o doente o número razoável de vezes, face à evolução da sua condição, de modo a, em consciência, se aperceber se a vontade deste, manifestada no pedido, semântem. 4 – O médico deve elaborar um relatório com os resultados da consulta com o doente, devendo neste expor todos os pontos discutidos, nomeadamente os referidos nos números anteriores, com a indicação das respostas dadas e apreciação da postura do doente, em especial a verificação da seriedade, ponderação e liberdade do pedido e aferição da sua vontade. 5 – O médico deverá elaborar um relatório por cada consulta que realizar com o doente, devendo deste constar os elementos previstos no número anterior (PORTUGAL, 2019)

O pedido deve ser apreciado pelo médico consultado pelo paciente, que elaborará relatório a ser remetido ao médico psiquiatra para verificação da capacidade cívica e sanidade mental. Após essa avaliação é montado o dossiê do paciente. A decisão final cabe ao médico assistente.

O cumprimento do pedido de morte assistida deveria ser realizado através de administração de fármaco letal pelo próprio paciente (suicídio assistido) ou por profissional qualificado (eutanásia). O projeto também trazia a autorização para pessoas escolhidas pelo paciente estivessem presentes no momento da prática da morte assistida.

Impende ainda mencionar que o pedido de morte assistida poderia ser revogado a qualquer tempo:

Artigo 14.º Revogação do pedido de morte medicamente assistida pelo doente 1 - O doente pode, a todo o momento, revogar o seu pedido de morte medicamente assistida, por escrito ou oralmente. 2 – Nestes casos, deverá ser incluído no dossiê clínico do doente documento comprovativo da

revogação da decisão, devidamente datado e assinado pelo doente, devendo ser entregue àquele cópia do dossiê clínico com toda a documentação. 3 – Aos casos em que doente esteja impossibilitado de escrever ou assinar é aplicável o disposto no n.º 3 do artigo 5.º da presente lei. (PORTUGAL, 2019).

A lei precisava ser aprovada ou vetada pelo Presidente da República (atualmente Marcelo Rebelo de Sousa) ou ainda remeter o Projeto para o Tribunal Constitucional, que é a mais alta instância do país português em razão dos conceitos indeterminados e a possibilidade de insegurança jurídica.

Porém, em março de 2021, a Corte Constitucional portuguesa entendeu pela declaração da inconstitucionalidade da Lei. O entendimento que os “critérios de permissão eram pouco claros” (CONJUR, 2021). Houve uma votação em que o quórum foi de sete votos a favor da inconstitucionalidade e cinco votos contra. Segundo a Constituição Portuguesa, a consequência da declaração de inconstitucionalidade seria a obrigação do veto pelo Presidente da República:

Artigo 279. Efeitos da decisão

Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

No caso previsto no n.º 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções.

Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Representante da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas.

Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembleia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções. (PORTUGAL, 1976).

Importante observar que não houve uma inconstitucionalidade da eutanásia em si, o que não impede que seja reformulado e apresentado novamente tal proposta. A posição do Tribunal Constitucional no Acórdão 123/2021 não foi contrária à eutanásia, mas ao procedimento (PORTUGAL, 2021).

Um dos fundamentos utilizados por vários juízes que ainda defendem a inconstitucionalidade da eutanásia é que tal projeto fere o disposto no art. 24º da Constituição da República Portuguesa: “A vida humana é inviolável.” (PORTUGAL,

1976).

Tal argumento, já havia sido debatido pelo próprio projeto de Lei em estudo que estabelecia:

Todavia, ainda que se diga que a vida humana é inviolável ou que o direito à vida é um direito absoluto, tal consideração, do ponto de vista estritamente jurídico, não é verdadeira. A admissibilidade de situações como a possibilidade de matar em legítima defesa demonstram tal facto. O direito à vida, ainda que tendencialmente absoluto, não tem, actualmente, a configuração de um direito absoluto. (PORTUGAL, 2019).

Tal exemplo em sede de Direito Comparado demonstra a dificuldade de se enfrentar o tema, não pela legalização em si, mas pela adequação procedimental de comodeveria ocorrer a morte assistida de forma a garantir segurança jurídica.

Percebe-se que o debate vai muito além da legalização ou não da morte assistida, do reconhecimento da relativização da vida e da autonomia para a autodeterminação em momentos finais. Tal caso serve de modelo para buscar um procedimento que vá garantir segurança jurídica dos envolvidos, além do fato de que, tal assunto guarda peculiaridades em cada local. Defende-se o debate do tema de forma pragmática, sendo levando em consideração as limitações e possibilidades oferecidas pelo Sistema de Saúde. Em outras palavras, não basta legalizar, o desafio também é como legalizar?

CONCLUSÃO

Conforme demonstrado nesse texto, o debate sobre a eutanásia está longe de chegar a um consenso não somente no Brasil, como no mundo. Concepções políticas, religiosas e morais permeiam o debate.

Teve-se a oportunidade de demonstrar no presente artigo a conceituação da eutanásia, da ortonásia, da distanásia e da mistanásia de forma a fomentar a difusão da informação sobre tais conceitos. Também foi possível abordar, ainda que brevemente, sobre como o tema é enfrentado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, utilizou-se do recente caso da tentativa de legalizar o procedimento de morte medicamente assistida em Portugal para fomentar o debate sobre as

dificuldades não somente axiológicas do tema, mas também procedimentais.

Espera-se que tal artigo sirva como contribuição àqueles que pretendem se aprofundar no tema.

REFERÊNCIAS

AFP PORTUGUÊS, **Portugal legaliza a eutanásia/ AFP**. 29 de janeiro de 2021 (1m34s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JFKqnQb0Ufg> Acesso em: 06 abr. 2021

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; LOSURDO, Federico. Eutanásia no Brasil: entreo Código Penal e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 165-278, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rinc/v5n2/2359-5639-rinc-05-02-0165.pdf>. Acesso em 31 mar.2021.

BITENCOURT, Eduardo Lopes de Almeida. **Eutanásia e ortotanásia à luz da Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina – CFM – Brasileiro**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/eutanasia-e-ortotanasia-a-luz-da-resolucao-n-1-995-2012-do-conselho-federal-de-medicina-cfm-brasileiro/>. Acesso em: 27 de mar. 2021.

CAUDURO, Joseane. **O conceito de eutanásia em Ronald Dworkin**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Caxias do Sul. Rio Grande do Sul. 2007.

CORREIA, Celso Mestre. **A eutanásia em face da Constituição Federal de 1988**. Conteúdo Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53136/a-eutanasia-em-face-da-constituicao-federal-de-1988>. Acesso em: 31 de mar. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **Justiça portuguesa derruba legalização da eutanásia, mas abre brecha**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-17/justica-portuguesa-derruba-legalizacao-eutanasia>. Acesso em: 21 de mar. 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **Parlamento português legaliza eutanásia; faltam sanção presidencial e crivo da Justiça**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-20/parlamento-portugues-legaliza-eutanasia>. Acesso em: 22 de mar. 2021.

FILHO, Gilson Dias de Araújo; VARGAS, Matheus. **Mistanásia: a morte precoce, miserável e evitável como consequência da violação do direito à saúde no Brasil**. Âmbito Jurídico, 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/biodireito/mistanasia-a-morte-precoce-miseravel-e-evitavel-como-consequencia-da-violacao-do-direito-a-saude-no-brasil>. Acesso em: 30 de mar. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. Vol. 2. Rio de Janeiro:

Impetus, 2016.

GIANELLO, Matheus Candiago; WINK, Daniela Ries. **A eutanásia e sua legalização no Brasil e no mundo**. Anuário Pesquisa e Extensão UNOESC Videira, 2017.

JUNGES, José Roque *et al.* Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. **Revista Bioética**, Brasília, vol. 18, n. 2, p. 275-288, 2010. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533253003.pdf>. Acesso em: 28 de mar. 2021.

MAGALHÃES, Brenna Maria Carneiro Costa. **Eutanásia: origem, ramificações e outras peculiaridades**. Âmbito Jurídico, 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/eutanasia-origem-ramificacoes-e-outras-peculiaridades>. Acesso em: 25 de mar. 2021.

MUNDO DO DIREITO PT. **Comentário jurídico: eutanásia chumbada em Portugal**. 16 de março de 2021. (10m). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=x7BpnXfrf8g> Acesso em: 07 abr. 2021.

PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 06 abr 2021.

PORTUGAL, **Projecto de Lei n. 67/XIV/1ª Regula o acesso à morte medicamente assistida**. Disponível em: <https://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a566b786c5a79394562324e31625756756447397a5357357059326c6864476c32595338344d5459334f5445355a53316d4e546c6c4c54526d4e446b744f54686a5969316d5a5749794e7a55795a6a55315a6a6b755a47396a&fich=8167919e-f59e-4f49-98cb-feb2752f55f9.doc&Inline=true> Acesso em: 06 abr. 2021.

SAMESHIMA, Marcelo Fonseca. **A eutanásia no ordenamento jurídico-penal brasileiro**. Monografia (Graduação em direito) – Centro Universitário de Brasília, UNICEUB. Brasília. 2012.

SILVA, Jádri Nogueira da; COLOMBO, Paulo Cesar. **Eutanásia, distanásia e ortotanásia perante o princípio da dignidade da pessoa humana e os conflitos existentes**. Âmbito Jurídico, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/eutanasia-distanasia-e-ortotanasia-perante-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-os-conflitos-existent/>. Acesso em: 30 de mar. 2021.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL. **Acórdão n. 123/2021**. Processo n.173/2021, Plenário. Relator: Conselheiro Pedro Manchete. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20210123.html> Acesso em: 07 abr. 2021.