

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 17 | 2020.1

Cadernos de Iniciação Científica

Nº 17 | 2020.1

Salvador, Bahia

2020



Editor-chefe

Prof. Fernando Caria Leal Neto

Editoras-executivas

Ana Carolina Fernandes Mascarenhas

Ana Thereza Meirelles

Editoração eletrônica

Maurício Amaral

Capa

Salamanda

Conselho Editorial

Prof. Dr. Geovane de Mori Peixoto

Prof. Dr. Thiago Carvalho Borges

Prof. Dr. Társis Silva de Cerqueira

Prof. Ms. Roberto de Almeida Borges Gomes

Prof. Ms. Diogo Assis Cardoso Guanabara

Prof. Dr. Marcus Seixas Souza

Prof^{fa}. Dr^a. Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Prof^{fa}. Dr^a. Ana Carolina Mascarenhas

Prof^{fa}. Dr^a. Ana Thereza Meirelles



Rua Visconde de Itaborahy 989,
Amaralina, Salvador – Bahia
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552
contato@faculdadebaianadedireito.com.br
www.faculdadebaianadedireito.com.br

Linha editorial

O periódico *Cadernos de Iniciação Científica* é publicação impressa da Faculdade Baiana de Direito e Gestão. A sua proposta é fomentar a produção científica dos discentes do Curso de Graduação em Direito, veiculando os trabalhos produzidos a partir dos grupos de iniciação científica da própria IES, bem como artigos autônomos encaminhados a partir de edital de chamada específico.

Os trabalhos recebidos devem se enquadrar, ao menos, em uma das seis linhas temáticas desenvolvidas na IES: Direito Processual e Constituição; Constitucionalização e a Ciência Penal; Direitos Fundamentais e sua efetividade; Direito Privado e contemporaneidade; Direito e Arte; e Perspectivas atuais em Direito Público.

Processo de Avaliação pelo Conselho Editorial

1. Para publicação dos trabalhos, é necessária a submissão ao Editor, que dará seguimento ao processo de avaliação conforme procedimento abaixo indicado.
2. Uma vez recebido o trabalho pela editoria, haverá o cadastro e em seguida será feita a remessa a um professor da Graduação em Direito para que avalie segundo critérios objetivos quanto à forma e conteúdo.
3. A avaliação é feita mediante formulário de avaliação, contendo questões inerentes aos aspectos formais e materiais do trabalho. A decisão pela publicação é formada pelos aspectos formal e material da avaliação.
4. O aspecto formal da avaliação consiste no juízo de adequação do artigo submetido ao edital e às normas da ABNT. A inadequação formal poderá levar à rejeição sumária do artigo por decisão dos editores. Se, contudo, o objeto da inadequação for sanável, o autor terá prazo de 10 (dez) dias para apresentar as retificações. Caso sanadas, serão remetidas para a avaliação pelo Conselho Editorial.
5. O aspecto material da avaliação é aferido pelo Conselho Editorial. O seu objetivo é aferir o valor científico do artigo em grau de iniciação científica, a articulação dos argumentos aduzidos, a qualidade das referências, a precisão técnica da abordagem e do uso dos elementos conceituais, bem como a construção do diálogo acadêmico. Nesse sentido, o parecer é o principal instrumento para determinar a aceitação e a prioridade na publicação.
6. Após a avaliação pelo Conselho, os editores avaliam o resultado e emitem uma decisão, que poderá ser pela aceitação, submissão a correções obrigatórias ou rejeição.

- 7.** Como responsáveis pela qualidade da publicação, os editores zelarão pela qualidade editorial do periódico.
- 8.** Não será admitido recurso da decisão que indeferir o trabalho.
- 9.** Haverá rejeição sumária dos artigos identificados, que contenham trechos de outras obras sem a devida referência bibliográfica. Qualquer forma de plágio importará em rejeição.

Regras para publicação de artigos nos Cadernos de Iniciação Científica

1. O trabalho encaminhado para publicação no periódico *Cadernos de Iniciação Científica*, uma vez publicado, considera-se licenciado para a publicação, podendo ser veiculado em outros lugares, após autorização prévia e expressa do Conselho Editorial, citada a publicação original como fonte.
2. O trabalho deve ser enviado pelo correio eletrônico, para o endereço: publicacoes@faculdadebaianadedireito.com.br (no “Assunto”, fazer referência a Cadernos de Iniciação Científica).
3. O trabalho deverá ter entre 12 e 30 laudas. Como fonte, usar o *Times New Roman*, corpo 12. O espaçamento entrelinha deve ser 1,5; as margens superior e esquerda 3,0 cm e inferior e direita 2,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
4. O trabalho deverá ser precedido por uma folha na qual constarão: o título do trabalho, o nome e qualificação do autor (ou autores), endereço para correspondência, telefone e *e-mail*, bem como a autorização de publicação.
5. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2000 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT): sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em itálico; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*.
6. Os trabalhos deverão conter título, além de serem precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) e de um *Sumário*.
7. Deverão ser destacadas as *palavras-chave*.
8. Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas de acordo com NBR 10520.

9. O envio do artigo será considerado participação voluntária e gratuita do autor(a). Como contrapartida pela licença de publicação dos trabalhos, o colaborador receberá 01 (um) exemplar do periódico em cujo número seu trabalho tenha sido publicado.
10. O trabalho para publicação será selecionado pelo Conselho Editorial da Revista. Os trabalhos aprovados com ressalvas serão devolvidos aos seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

Fernando Caria Leal Neto

Editor dos Cadernos de Iniciação Científica

Sumário

CAPÍTULO I

A APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PRORIUM* NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS DE PLANO DE SAÚDE ... 21

Alice Bastos Pinho

1. INTRODUÇÃO	24
2. A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	26
3. O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO COMO MODALIDADE DE ABUSO DE DIREITO	29
4. O PRINCÍPIO DO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	31
5. TUTELA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE.....	34
6. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS.....	40

CAPÍTULO II

FEMICÍDIO X FEMINICÍDIO: O MAPEAMENTO DOS PARÂMETROS CONCEITUAIS DIFERENCIADORES..... 45

Camila da Silva Nery

1. INTRODUÇÃO	47
2. O FEMINISMO E SUAS INTERFACES	49
2.1. Violência de gênero e suas relações patriarcais.....	50
2.2. Movimento feminista.....	53
2.3. Lei Maria da Penha	57
3. FEMINICÍDIO: UMA DISCUSSÃO CONTEMPORÂNEA	60

SUMÁRIO

3.1. Dados sobre os casos de feminicídio no Brasil.....	61
3.2. A mídia e o feminicídio: reflexões na contemporaneidade.....	63
4. O MAPEAMENTO DOS PARÂMETROS CONCEITUAIS DIFERENCIADORES	65
4.1. Circunstâncias	65
4.2. Penalidades	67
5. CONCLUSÃO.....	68
REFERÊNCIAS	69

CAPÍTULO III

A DESIGUALDADE DE GÊNERO E O TRATAMENTO CRIMINOLÓGICO SEXUAL IMPUTADO À LEI PENAL BRASILEIRA: UM PANORAMA RESSIGNIFICADO SOB A ÓTICA DO FEMINISMO 73

Catarina Correia Queiroz

1. INTRODUÇÃO	76
2. A CULTURA SEXISTA E SUAS NUANCES	78
2.1. O determinismo biológico como vetor da Lei Penal	78
2.2. A falsa proteção da liberdade sexual suprimindo direitos femininos.....	81
2.3. Os distintos tratamentos penais às distintas figuras sociais ..	82
3. O FEMINISMO COMO INSTRUMENTO EMANCIPATÓRIO	85
3.1. Os primeiros reflexos do movimento no Brasil.....	85
3.2. A importância dos novos olhares para a construção legislativa: a busca por um “referencial criminológico feminista autônomo”.....	86
3.3. Nas veias abertas da América Latina: epistemologias aliadas para salvar vidas humanas.....	87
4. A AGLUTINAÇÃO DE SABERES: UMA FERRAMENTA PARA TRANSFORMAR	89
4.1. As acanhadas mudanças formais da Lei Penal	89
4.2. A necessidade de ressignificar saberes enviesados	90

4.3. Negando o epistemicídio.....	91
5 CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	93

CAPÍTULO IV

INFLUÊNCIA MIDIÁTICA NA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA RESSIGNIFICAÇÃO DO CONCEITO DE CRIME PASSIONAL NO CASO ELOÁ..... 97

Fernanda Cordeiro Braga Costa

1 INTRODUÇÃO.....	100
2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E MARCOS LEGISLATIVOS	102
3 A MÍDIA E SEU PAPEL DE INFLUÊNCIA	104
3.1. Mídia criminal: a violência assistida.....	106
3.2. A influência da mídia na violência de gênero	108
4 O CASO ELOÁ E SEUS DESDOBRAMENTOS MIDIÁTICOS	110
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	113
REFERÊNCIAS	114

CAPÍTULO V

A NOVA POLÍTICA AMBIENTAL DO BRASIL: UMA ANÁLISE DA DENÚNCIA DO PRESIDENTE BOLSONARO AO TRIBUNAL PE- NAL INTERNACIONAL 117

Giovanna de Sá da Cunha

1. INTRODUÇÃO	120
2. DE UMA TRAJETÓRIA AMBIENTAL PIONEIRA NO BRASIL À POLÍTICA DE NEGLIGÊNCIA DO GOVERNO BOLSONARO	122
2.1. Uma nova política ambiental do Brasil na contramão de um desenvolvimento sustentável global (?).....	124
3. AS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA: O BRASIL NO CENTRO DE UMA CRISE AMBIENTAL INTERNACIONAL	127

3.1. A negligência governamental perante as queimadas na Amazônia como um atentado ao Direito Ambiental Internacional	130
4. A DENÚNCIA DO PRESIDENTE BOLSONARO AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	133
4.1. A (in)existência do crime de ecocídio no Estatuto de Roma e uma análise da conduta do presidente perante o artigo 7º alínea (k) do Decreto nº 4.388 de 2002	135
5. A EXPANSÃO DA RESPONSABILIDADE DE PROTEGER COMO UMA SOLUÇÃO(?)	138
6. CONCLUSÃO	140
REFERÊNCIAS	142
NOTAS DE FIM	144

CAPÍTULO VI

A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PROFISSIONAL DE MEDICINA POR DANO IATROGÊNICO EM CASOS DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS ESTÉTICAS

Henrique Costa Princhak

1. INTRODUÇÃO	150
2. A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DA MEDICINA	150
2.1. A relação médico-paciente na atualidade.....	153
2.2. A iatrogenia	155
2.2.1. A confusão doutrinária e a adoção do conceito adequado	155
2.2.2. Previsibilidade e necessidade como elementos fundamentais	160
3. A (IM) POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PROFISSIONAL DA MEDICINA POR DANO IATROGENICO EM CASO DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS ESTÉTICAS	162
3.1. Cirurgias estéticas: obrigações de meio ou obrigações de resultado?	163

3.2. O dever de informação como fundamental.....	164
3.2.1. <i>A informação adequada para o consentimento esclarecido</i>	165
3.3. A impossibilidade de responsabilização do médico por dano iatrogênico em caso de procedimentos estéticos observado o dever de informação	167
4. CONCLUSÃO.....	171
REFERÊNCIAS:	173

CAPÍTULO VII

A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NA ARBITRAGEM QUANDO AUSENTE O CARÁTER DA URGÊNCIA..... 177

Jade Rischard Sales

1. INTRODUÇÃO	180
2. A NATUREZA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CPC.....	181
2.1. Fundamentos do pedido de produção antecipada de prova.....	182
3. A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO JUÍZO ARBITRAL ..	183
3.1. Existência de previsão expressa na convenção de arbitragem.....	183
3.2. Inexistência de previsão expressa e tribunal arbitral já instaurado.....	184
4. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA E O JUÍZO PRÉ-ARBITRAL	186
4.1. A produção antecipada de provas fundada na urgência.....	186
4.1.1. Arbitragem de emergência	187
4.2. A produção antecipada de provas não fundada na urgência	189
4.2.1. Controvérsias	193
5. PROPOSTA.....	195

6. CONCLUSÃO.....	197
REFERÊNCIAS	198

CAPÍTULO VIII

**A REGULAMENTAÇÃO DO CONVÍVIO SOCIAL EM SALVADOR:
OS CÓDIGOS DE POSTURAS E OS ESCRAVOS 201**

Jennifer Karolyne Oliveira dos Santos Ruiz

1. INTRODUÇÃO	204
2. A ESTRUTURA URBANA DE SALVADOR NO PERÍODO DA ESCRAVIDÃO	205
3. O REGIME ESCRAVISTA URBANO DE SALVADOR.....	208
3.1. Escravos de ganho.....	209
3.2. Escravos de aluguel.....	211
3.3. Os escravos domésticos	213
4. OS CÓDIGOS DE POSTURAS MUNICIPAIS.....	214
5. OS REGULAMENTOS PARA OS ESCRAVOS E SEUS SENHORES NOS CÓDIGOS DE POSTURAS DE SALVADOR	215
5.1. Compra, fuga e captura de escravos.....	215
5.2. Casas comerciais e danças.....	217
5.3. Ruas e sepultamento de escravos.	219
5.4. Senhor: responsabilidades e obrigações	222
5.5. Prisão	224
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	225
REFERÊNCIAS	226

CAPÍTULO IX

OS ÓBICES JURÍDICOS E SOCIAIS PARA A LIBERDADE DO CURATELADO 229

Júlia Rocha Batista Santos

1. INTRODUÇÃO	231
---------------------	-----

2. BREVE RELATO SOBRE A LOUCURA.....	232
3. A INCAPACIDADE	236
4. A CURATELA E A REDEFINIÇÃO DOS DIREITOS DO CURATE- LADO	239
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	243
REFERÊNCIAS	245

CAPÍTULO X

CORAÇÃO DE FILHO SEMPRE CABE MAIS UM? 247

Juliana Cunha Brandão

1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA-CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO	250
2. ESPÉCIES/CATEGORIAS DE PATERNIDADE E MATERNIDADE	257
3. DA ELEVAÇÃO DA SOCIOAFETIVIDADE A CATEGORIA DE CRITÉRIO DE PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO NOS CASOS DE AÇÃO NEGATORIA DE PATERNIDADE E A QUESTÃO DA MULTIPARENTALIDADE	259
4. CONCLUSÃO.....	268
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	268

CAPÍTULO XI

A PRÁTICA DO DUMPING AMBIENTAL NO CONTEXTO DE EX- PANSÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL E A TESE DO DESEN- VOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FORMA DE CONCILIAÇÃO DE INTERESSES 273

Laura Bandeira Cerviño

1. INTRODUÇÃO	276
2. A TESE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	277
3. PROCESSO DE DETERIORAÇÃO DO MEIO AMBIENTE	279
3.1. A expansão do comércio internacional	279
3.2. O <i>dumping</i> ambiental.....	280

4. OS RAMOS DO DIREITO E SEUS LIMITES, DESAFIOS E POSSIBILIDADES PARA REGULAMENTAR O <i>DUMPING</i> AMBIENTAL.....	281
4.1. O Direito Ambiental em face ao <i>dumping</i> ambiental	281
4.2. O papel do Direito Econômico	283
4.3. Como se relacionam os ramos do Direito.....	284
4.4. A legislação como forma de combate à prática do <i>dumping</i> ambiental	288
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	290
REFERÊNCIAS	291

CAPÍTULO XII

A MERCANTILIZAÇÃO DOS DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS EM FACE DE PARÂMETROS DECORRENTES DOS LIMITES MORAIS

295

Lis Gonçalves Reis

1. INTRODUÇÃO	298
2. O TRATAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO AOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS.....	300
3. A MERCANTILIZAÇÃO DOS DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS	304
4. A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL.....	310
5. CONCLUSÃO.....	313
REFERÊNCIAS	314

CAPÍTULO XIII

A NATUREZA JURÍDICA DA OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DECORRENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CIRURGIÕES-DENTISTAS

317

Maria Eduarda Pagliarini Ribeiro

1. INTRODUÇÃO	320
2. FORMAS DE RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS NAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS	322

SUMÁRIO

2.1. A obrigação contratual do médico	323
2.1.1. Consequências jurídicas da lex artis	324
2.1.2. Diferença de erro médico e resultado adverso	325
3. VISÃO DO PROFISSIONAL DA ODONTOLOGIA.....	325
3.1. A obrigação contratual do cirurgião - dentista.....	326
3.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor	328
3.3. Entendimento dos tribunais.....	329
4. PRESUNÇÃO DE CULPA DOS CIRURGIÕES-DENTISTAS	330
4.1. Inversão do ônus da prova	331
4.2. Formas de proteção ao cirurgião- dentista	332
5 CONCLUSÃO	333
REFERÊNCIAS	334

CAPÍTULO XIV

A PERSPECTIVA DO DIREITO CANÔNICO ACERCA DA FAMÍLIA DO ESCRAVO NO BRASIL OITOCENTISTA

337

Matheus Alexandrino Silva do Nascimento e

Maria Luísa Teixeira Mota

1. INTRODUÇÃO	340
2. DAS BASES DO ESTUDO	341
2.1. A igreja.....	341
2.2. O Direito Canônico	342
3. A SOCIEDADE OITOCENTISTA.....	343
3.1. O escravo.....	343
3.1.1. A legitimação da condição de escravo sob a perspectiva cristã oitocentista	343
3.1.2. A condição jurídica do escravo	345
4. A FAMÍLIA DO ESCRAVO NA SOCIEDADE BRASILEIRA OITOCENTISTA	346

SUMÁRIO

4.1. A concepção de família.....	346
4.2. A família do escravo sob a égide do Direito Canônico.....	347
4.2.1. Na educação religiosa.....	348
4.2.2. No batismo.....	349
4.2.3. No matrimônio	351
4.2.4. No concubinato	352
4.2.5. Direitos decorrentes das Constituições do Arcebis- pado da Bahia	353
5. CONCLUSÃO.....	353
REFERÊNCIAS	355

CAPÍTULO XV

O PAPEL DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO EM MEIO A PANDEMIA DO CORONAVÍRUS: UMA ANÁLISE PONDERADA ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DOS SINDICATOS NESTE PROCESSO

357

Priscila Danielle Baraúna Milcent Ramos de Araújo

1. INTRODUÇÃO	361
2. DIREITO COLETIVO	363
2.1. Princípios que regem o Direito Coletivo do Trabalho.....	365
3. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A ORGANIZAÇÃO SINDICAL À LUZ DA LEI N. 13.467/17	366
4. O PAPEL DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS EM MEIO A PANDEMIA DO COVID-19.....	369
4.1. A atuação dos sindicatos durante o período de calamidade pública	375
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	377
REFERÊNCIAS	378

Capítulo

I

A aplicação do *venire contra factum
prorium* no âmbito das relações
consumeristas de plano de saúde

Alice Bastos Pinho

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.

A aplicação do *venire contra factum proprium* no âmbito das relações consumeristas de plano de saúde

RESUMO: Artigo destinado à análise da incidência instituto do *venire contra factum proprium*¹, derivado da boa-fé objetiva, nas relações de consumo de plano de saúde. Discute-se os deveres anexos de confiança e lealdade, que estabelecem grande relação com tal instituto. Na pesquisa, foi possível constatar que esses contratos são instrumentos de concretização de direitos fundamentais, de forma que as agências devem atentar-se para a efetivação concreta do direito à saúde. Assim, os planos de saúde devem ser interpretados de maneira a satisfazer as expectativas de ambas as partes, principalmente do consumidor, que é sempre vulnerável na relação de consumo.

Palavras-chave: *venire contra factum proprium*; boa-fé objetiva; relação de consumo; deveres anexos de confiança e lealdade; plano de saúde.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR 3 O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO COMO MODALIDADE DE ABUSO DE DIREITO 4 O PRINCÍPIO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM 5 TUTELA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE 6 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1 “Ninguém pode comportar-se contra seus próprios atos”.

1. INTRODUÇÃO

O *Venire Contra Factum Proprium* é um desdobramento da boa-fé objetiva que veda o comportamento contraditório. Esse princípio traz a idéia de que não se pode ter uma conduta que crie certa expectativa e, ao final, emitir um comportamento que contrarie o anterior. A primeira conduta é chamada de *factum proprium* e a segunda, de *venire*.

A boa-fé objetiva difere da boa-fé subjetiva, que é relacionada a um dado psíquico do sujeito, a sua intenção. Ela seria o sentido leigo de boa-fé, usado no dia a dia como o contrário de má-fé. Já a boa-fé objetiva, se relaciona com a idéia de padrão ideal de conduta, ela seria a boa-fé enquanto princípio. Aqui, age de boa-fé quem age de acordo com esse padrão, sendo a intenção de quem agiu, irrelevante.

O abuso de direito se caracteriza como um ato ilícito, nele ocorre uma conduta que, por si só, não é ilícita, mas passa a ser, por conta da forma e contexto em que ela é realizada. Esse é o caso do comportamento contraditório vedado pelo princípio do *venire contra factum proprium*.

Aqui foi dado foco à aplicação do referido princípio nas relações consumeristas de plano de saúde, buscando, ainda, uma melhor forma de efetivá-lo. A pesquisa analisa as situações de dano e perigo à higidez dos beneficiários e seus dependentes, causado pelo comportamento contraditório adotado pelas agências aqui tratadas, o que fere o direito fundamental à saúde e diversos outros direitos velados pela nossa Constituição Federal, inclusive o princípio da dignidade humana.

A boa-fé objetiva é um dos grandes princípios norteadores do direito do consumidor e também é citada no Código Civil, além de ser um dos mais importantes instrumentos de concretização da justiça e do equilíbrio contratual, sendo amparada, mesmo que de forma não explícita, pela Constituição Federal.

Surgem os seguintes questionamentos: Como se dá a incidência do *Venire Contra Factum Proprium* no âmbito das relações jurídicas? Qual é a importância do instituto ao ser aplicado às relações consumeristas de plano de saúde? Assim, a pesquisa, então, visa entender como é dada a incidência instituto do *Venire*

Contra Factum Proprium nas relações jurídicas e, ainda, avaliar a importância desse instituto ao ser aplicado nas relações de consumo de plano de saúde.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo (Karl Popper), pois a construção da solução para o problema aconteceu através do estudo e debate das hipóteses levantadas anteriormente, por meio do processo de falseamento, de forma a confirmar ou negar as afirmações trazidas por cada hipótese. Estima-se que esse método seja o ideal para se ter respostas mais completas e aprofundadas.

Além disso, foi realizada uma pesquisa predominantemente bibliográfica, feita através de livros, julgados, teses, artigos, revistas, jurisprudência, legislação e manuais de direito. Material que foi lido e interpretado, o que tornou possível a análise das divergências doutrinárias acerca do tema retratado, e proporcionando, ainda, a observância dos pontos mais relevantes.

Do ponto de vista da abordagem do problema, aqui temos uma pesquisa qualitativa, pois seu objetivo foi o aprofundamento do tema e a melhor compreensão das informações obtidas, de modo que foi alcançado um maior detalhamento nas respostas encontradas para o problema de pesquisa. Apesar das conclusões adquiridas não serem contabilizadas em números exatos, a pesquisa qualitativa fornece grande riqueza na análise dos dados, o que proporciona uma realidade mais acertiva sobre o objeto de estudo.

Sobre os elementos da pesquisa, foram utilizados elementos temporais para se alcançar uma melhor compreensão do tema ao longo da história e as diversas acepções da boa-fé. Para finalizar, no que diz respeito à localidade, foi analisado predominantemente o ordenamento brasileiro.

O tema foi dividido em pontos lógicos e relevantes para se chegar à conclusão final. A sua primeira parte trata do conceito e função da boa-fé objetiva, com enfoque para o direito do consumidor. Por conseguinte, a pesquisa fala sobre o abuso de direito e como o comportamento contraditório se caracteriza nessa modalidade. Em um terceiro ponto, a pesquisa se aprofunda no instituto do *venire contra factum proprium*. E por fim, no seu último capítulo, é tratada a tutela na confiança nos contratos de plano de saúde.

2. A BOA-FÉ OBJETIVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

De acordo com Letícia Borges (2014, p. 8), no Código Civil de 1916, a boa-fé subjetiva se caracterizava pelo cunho psicológico do agente, o que pode ser percebido nos seus artigos 221, 490, 551 e 968. Ou seja, o agir de boa ou má-fé dependia do estado de espírito do agente, da sua intenção e consciência em relação à certa situação. Apesar da previsão legal da boa-fé subjetiva, a doutrina já falava sobre a existência da boa-fé objetiva e sua função de coibir o exercício abusivo da autonomia privada.

Judith Costa (2018, p. 34), afirma que a boa-fé objetiva não traduz o estado de estar de boa-fé, como a boa-fé intencional. Ela é uma estrutura normativa sujeita à prescrição e seria um cânone de interpretação dos contratos ou um modelo comportamental dos contratantes. É difícil estabelecer um conceito para a boa-fé objetiva, mas os juristas conseguem entender o seu sentido através das decisões jurisprudenciais, quando violado esse padrão de comportamento, essa é a importância do exame casuístico. Assim, para o conceito da boa-fé, torna-se mais interessante a sua função do que a sua definição em si.

Segundo Judith Costa (2018, p. 34) isso não quer dizer que a interpretação da boa-fé objetiva é um processo completamente discricionário para os juristas. Aqui existe a idéia de se ter um adequando tráfico negocial, levando em conta a utilidade e finalidade do negocio jurídico analisado, e atender as exigências de proibição, correção e lealdade, o que nem sempre é uma tarefa fácil e deve ser percebido de acordo com o contexto e cultura em que o caso está inserido.

Judith Costa (2018, p. 35) coloca ainda que ao invés de definir a boa-fé objetiva, torna-se mais fácil indicar as condutas que lhe são conformes, como a criação de deveres anexos de cooperação, informação, proteção, confiança e lealdade. Ela também serve como uma via de correção do conteúdo e exercício contratual. Além disso, a boa-fé funciona como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos, tendo função interpretativa e funções de correção e de integração dos contratos. No Código Civil, a boa-fé se coloca como um medidor de licitude no exercício dos direitos derivados de negócios jurídicos.

Orlando Gomes (2016, p. 357) disse, ao explicar o princípio da boa-fé, “Trata-se de uma regra que contribui para precisar o que se deve entender como consenso, assim considerando o encontro e a combinação de duas vontades para a produção de efeitos jurídicos”.

Já Gustavo Andrade (2017, p. 58) diz que o princípio da boa-fé na parte geral do Código Civil serve como norma geral de interpretação dos negócios jurídicos. O seu artigo 102 estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados levando em conta a boa-fé, usos e lugar de sua celebração. Além disso o Código também limita o exercício de direitos subjetivos, estabelecendo como ato ilícito o excesso dos limites impostos pela boa-fé, no exercício do titular de um direito. Já o livro de Contratos no Código Civil, confere à boa-fé objetiva o papel de norma criadora de deveres entre as partes no contrato, obrigando-as a atendê-la na conclusão e na execução do contrato.

Gustavo Andrade (2017, p. 58) afirma, ainda, que no Código de Defesa do consumidor, a boa-fé se aplica nas relações entre fornecedores e consumidores, equilibrando o interesse das partes na relação de consumo. Além disso, são vedadas as cláusulas e condições gerais nos contratos de consumo, que vão contra a boa-fé.

De acordo com Andréa Zanetti e Fernanda Tartuce (2016, p. 35 e 36), a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual são os dois princípios inspiradores da sistemática normativa do Código de Defesa do Consumidor e aparecem nele de forma concreta, através de artigos, e de maneira mais abstrata, por meio de cláusulas gerais e princípios. Ambos tem função hermenêutica, que auxiliam o magistrado a interpretar o contrato, além de coibir abusos e corrigir distorções contratuais. Segundo elas, a boa-fé objetiva, ao tutelar a confiança, é direcionada, de forma imediata, às partes integrantes do contrato de consumo e, de maneira mediata, também atinge outros terceiros que podem estar vinculados à relação contratual.

Paula de Oliveira (2016, p. 4 e 5) fala sobre a vulnerabilidade do consumidor na sociedade de consumo e sua influência na Constituição Cidadã, carta recheada de princípios como de o de igualdade material. A defesa do consumidor, através do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, passou a ter diploma normativo próprio com o advento da Lei n. 8.078/1190.

Paula de Oliveira (2016, p. 5) apresenta o fato de que os autores do anteprojeto originário do Código de Defesa do Consumidor afirmam que a Lei teve que ser aprovada sob a forma e com o trâmite mais célere das leis ordinárias para evitar pressões de mercados que gerassem atrasos. Por esse motivo, parte da doutrina defende que o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado em observância direta da vontade da Constituição e teria eficácia supralegal, ficando entre a Constituição Federal e as Leis Ordinárias no plano hierárquico. Já a teoria do diálogo das fontes, defende que nada impede que também sejam aplicadas outras previsões legais às relações de consumo.

Paula de Oliveira (2016, p. 6) afirma, ainda, que a cláusula geral da boa-fé objetiva é aplicável às relações de consumo, tanto por previsão expressa, nos arts. 4º, III e 51 IV, quanto como princípio geral do Código Civil, além de ser o princípio norteador da Constituição e da busca pelo desenvolvimento econômico com respeito à dignidade humana e a proteção de vulneráveis.

Paula de Oliveira (2016, p. 6) ressalta que o consumidor deve se valer da proteção do ordenamento dentro dos limites impostos pela constituição, observando a boa-fé constitucional, que não objetiva privilegiar o consumidor em detrimento do fornecedor, mas sim equilibrar a relação consumerista não igualitária. Ou seja, a cláusula geral da boa-fé objetiva não serve apenas como mero instrumento de proteção do consumidor, mas sim de ambas as partes.

Judith Martins Costa (2018, p. 36) também mostra que no Código de Defesa do Consumidor, a boa-fé objetiva tem papel de grande importância, ela funciona como princípio fundante da Política Nacional das relações de consumo e como critério de validade das cláusulas contratuais. Além disso, também tem função corretora, ajudando a promover o equilíbrio contratual entre fornecedor e consumidor, através da revisão ou invalidação de cláusulas abusivas.

Gustavo Andrade (2017, p. 79 e 80) afirma que foi no Código de Defesa do Consumidor que a boa-fé objetiva foi de fato normatizada pela primeira vez no direito brasileiro, harmonizando os interesses das partes e protegendo o consumidor através de vedação de cláusulas contratuais abusivas ou incompatíveis com a boa-fé.

Segundo Gustavo Andrade (2017, p. 59), a boa-fé objetiva está presente em todo o corpo normativo do Código de Defesa do Con-

sumidor e dela decorrem várias normas de conduta, como o direito do consumidor contra a publicidade enganosa ou a vedação da elevação de preço de produtos ou serviços, sem causa que justifique, por parte do fornecedor.

3. O COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO COMO MODALIDADE DE ABUSO DE DIREITO

Daniela Marcacini (2006, p. 49 e 50), acredita ser importante reconhecer que, apesar do direito subjetivo ser exercido pela vontade autônoma do indivíduo, também representa interesse e vontade conferido pela sociedade, a serviço da ordem social, que tem reconhecimento e é protegido pelo legislador. Ela também fala sobre a existência da conexão entre o abuso de direito e a boa-fé objetiva. Afirma, ainda, que o agir de boa-fé representa apenas a intenção, isenta de dolo, quando o agente tem certeza que atua dentro do seu direito subjetivo.

Segundo Daniela Marcacini (2006, p. 56), para a caracterização do ato ilícito, deve ser levado em conta se o comportamento ilícito do sujeito é uma infração direta e imediata de uma norma, ou seja, se há ato ou omissão que infringe dever genérico de conduta. O ato ilícito seria um ato antijurídico, culpável e lesivo, ao cometê-lo, o agente é obrigado a ressarcir a vítima pelos prejuízos causados.

Ao tratar do abuso de direito, Daniela Marcacini (2006, p 59) afirma que as limitações ao exercício do direito estão formuladas em lei. Além disso, ela destaca a preocupação de alguns juristas em diferenciar a ilicitude propriamente dita e a ilicitude do abuso de direito. No abuso de direito, o sujeito, aparentemente, age no exercício do seu direito, mas ele viola os valores que justificariam o reconhecimento desse direito.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019, p. 774-778) afirmam que a cláusula geral do ato ilícito por abuso de direito abre tantas possibilidades para a sua aplicação, que o abuso de direito pode ser identificado nos mais distintos âmbitos e com diferentes variações, diretamente entrelaçadas com a boa-fé objetiva.

Como afirma Leticia Borges (2014, p. 5), o abuso de direito foi normatizado no direito privado a partir do Código Civil de 2002, no seu art. 187. Dessa forma, o legislador, seguindo a doutri-

na e a jurisprudência da época, inseriu nesse artigo os critérios necessários para a configuração do abuso de direito, independentemente da sua natureza jurídica.

Lerícia Borges (2014, p. 5) fala sobre o sentido da expressão “excede manifestamente” como sinônimo do exercício que excede os limites de forma inequívoca. Essa previsão não é opcional, mas obrigatória e inafastável. Assim, em conformidade com a segurança jurídica, a autonomia privada e a liberdade individual, toda vez que houver dúvida justificável sobre a ética do exercício de certo direito ou da função econômica que este exceder, o juiz deve afastar a abusividade.

Já sobre a expressão “pelo seu fim econômico e social”, Leticia Borges (2014, p. 6) informa que o Código Civil de 2002 trouxe a perspectiva de que todo direito subjetivo é funcional, pois o ordenamento os atribui uma finalidade específica, ou seja, todos têm uma função econômica-social que justifica a sua atribuição ao indivíduo. Assim, essa finalidade econômica deve ser observada na liberalidade dada aos indivíduos na gestão de seus negócios, para que esses atos não se tornem um instrumento de repressão. Assim, deve haver proporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular do direito e a perda que o seu exercício importará para outro membro da sociedade.

Ao falar de “bons costumes”, Leticia Borges (2014, p. 7) afirma que essa expressão tem duas concepções, uma idealista, que faz relação com o ideal divino, e outra de ordem sociológica, da qual o Código Civil fala. Assim, o juiz deverá verificar os bons hábitos consagrados pela sociedade, ou seja, o que predomina na sociedade em determinado momento histórico. Ou seja, há abuso de direito quando o sujeito exerce o seu direito em afronta aos hábitos e costumes da sociedade de determinada época.

Por fim, Leticia Borges (2014, p. 9) fala sobre a boa-fé objetiva mencionada no art. 187 e, além da sua função interpretativa e criadora de deveres anexos, sua função restritiva de abuso de direitos. Afirma, ainda, que a boa-fé objetiva deve encontrar o seu fundamento na Constituição Federal e na idéia de dignidade humana, que prega o respeito e a solidariedade entre os homens.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019, p. 774-778) afirmam que o comportamento contraditório é uma modalidade de

abuso de direito que surge devido à violação ao princípio da confiança. Apesar da lei não ter se referido expressamente a ele, percebe-se que o *venire contra factum proprium* é um instrumento de repressão ao abuso de direito. A vedação do comportamento contraditório é a consagração de que ninguém pode se opor a fato que ele próprio deu causa.

Segundo Carlos Eduardo Iglesias Diniz (2013, p.69), o comportamento que põe o anterior em contradição é um comportamento incoerente e, ao longo da história, houveram diferentes formas de se tratar essa incoerência. O primeiro registro da proibição de comportamentos contraditórios é do século XII, na obra *Brocardica*, do glosador Azo, que apresentava as seguintes palavras traduzidas: a ninguém é concedido vir contra o próprio ato. O Código Civil de 2002 não apresentou explicitamente uma vedação à esse comportamento, mas, em algumas passagens, procurou reprimi-lo, tentando evitar as consequências de uma mudança de comportamento inesperada. Além disso, a cláusula geral da boa-fé citada no art. 422 veda esse tipo de comportamento, já que ele é incoerente com a boa-fé objetiva.

Uma sequencia de dois comportamentos que se mostram contraditórios entre si e que são independentes um do outro, cada um deles podendo ser omissivo ou comissivo e sendo capaz de repercutir na esfera jurídica alheia, de modo tal que o primeiro se mostra suficiente para fazer surgir em pessoa mediana a confiança de que determinada situação jurídica será concluída ou mantida (DANTAS JÚNIOR, 2007, p.367).

De acordo com Daniela Maria Paludo (2005, p.4), o princípio da confiança preza que a expectativa que o consumidor deposita no produto ou contrato não seja frustrada. Quando o fornecedor não alerta ou adverte sobre os serviços não incluídos naquele contrato, além de frustrar a confiança do consumidor, ele também fere o seu direito de obter informações legítimas acerca daquele contrato, que deve possuir cláusulas claras, segundo os artigos 30 e 31 do CDC.

4. O PRINCÍPIO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

Segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019, p. 774-778), há uma sequência de dois comportamentos incoerentes entre si: o primeiro seria o *factum proprium*, que desperta confiança

na outra parte, e o segundo, o *venire*, que quebra a confiança des-
pertada anteriormente.

Segundo Felice Balzano (2016, p. 42), o *venire contra factum proprium* se configura quando alguém, destoando de um padrão de comportamento, pratica duas condutas que, quando analisadas em conjunto, afiguram-se como incompatíveis, demonstrando ausência de boa-fé objetiva, atingindo a confiança e a expectativa depositada por outro e causando-lhe um prejuízo.

Felice Balzano (2016, p. 42) afirma que a vedação do *venire contra factum proprium* no campo substancial representa a reprovação do direito pendente sobre atuações indivisíveis no exercício de direitos e posições jurídicas, resguardando a pessoa que confiou no primeiro comportamento e construiu, devido a isso, uma justa expectativa. O *factum proprium* se impõe, já que representa uma expressão verdadeira de concretização da boa-fé objetiva.

De acordo com Jonathan Schmitz (2015, p. 1), o princípio *nemo potest venire contra factum proprium* tem seu surgimento na idade média, e prega que a ninguém é permitido agir contra um fato que lhe é próprio, em violação à boa-fé objetiva e à confiança, causando dano à outra parte. Dessarte, o comportamento das partes deve se pautar em limites claros e éticos, ou seja, as suas ações não podem ser incompatíveis e precisam respeitar a lealdade processual, a tutela da confiança e os direitos fundamentais da pessoa.

Jonathan Schmitz (2015, p. 2 e 3) afirma que a doutrina do *venire contra factum proprium* deve ser invocada quando houver violação da boa-fé objetiva, ou seja, em caso de comportamento contraditório que aparente ser lícito, mas que, em verdade, viola o dever de boa-fé objetiva. Assim, pode-se concluir que a caracterização do princípio em questão se demonstra por dois comportamentos lícitos, independentes e contraditórios entre si, de uma mesma parte na relação jurídica, porém em momentos diferentes.

Seguindo sua linha de pensamento, Jonathan Schmitz (2015, p. 3) declara que a função do *venire contra factum proprium* é a de evitar que a confiança legítima de uma parte, depositada pela outra parte, não seja lesada pela alteração do comportamento deste. Essa proibição deriva da cláusula geral da boa-fé objetiva e da tutela da confiança. Para aplicação desse instituto, existem qua-

tro pressupostos, são eles o *factum proprium*, a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta, um comportamento contraditório e a comprovação de um dano causado pela contradição.

Segundo Jonathan Schmitz (2015, p. 3), o *factum proprium* pode ser um comportamento tanto omissivo, quanto comissivo, que, quando considerado individualmente, deve ser lícito. Caso contrário, o comportamento seria ilegal, não cabendo a aplicação do *venire*. Além disso, ele não pode ser um comportamento vinculante, já que ele se torna vinculante a medida em que desperta a confiança do outro, atraindo a incidência do princípio do comportamento contraditório e impondo ao seu praticante a conservação do sentido de sua conduta.

Jonathan Schmitz (2015, p. 3 e 4), ao tratar da legítima confiança, afirma que ela exige que o *factum proprium* leve a outra parte a acreditar que a conduta inicial será mantida, devendo haver indícios para sua comprovação, como a efetivação de gastos motivados pelo *factum proprium*. A confiança representa a ligação entre a boa-fé e o caso concreto.

Sobre o comportamento contraditório, Jonathan Schmitz (2015, p. 4) afirma que ele se também se trata de uma conduta lícita, pois, sendo ilícita, ela já seria sancionada pelo ordenamento. Assim, a contradição entre o *factum proprium* e o comportamento posterior é chamada de *venire contra factum proprium*. Não é exigido que exista um lapso temporal entre os dois comportamentos, exige-se apenas que a sua repercussão não tenha chegado ao mesmo tempo até a outra parte.

Segundo Jonathan Schmitz (2015, p. 4), o último pressuposto é a necessidade de comprovação do dano, ou potencial dano, que a contradição gerou. Dessa forma, a vedação do *venire contra factum proprium* impede a produção de qualquer prejuízo ou, se já ocorreu prejuízo, a vedação promove a sua reparação.

A incompatibilidade ou contradição de comportamentos em si deixa de ser vista como o objeto de repressão para passar a ser tão somente o instrumento pelo qual se atenta contra aquilo que verdadeiramente protege: a legítima confiança depositada por outrem, em consonância com a boa-fé, na manutenção do comportamento inicial. (SCHREIBER, 2016, p.95).

Felice Balzano (2016, p. 34) fala sobre a expectativa despertada pelo *factum proprium*. Ela seria a relação jurídica que produz eficácia específica, diante da probabilidade do sujeito vir a adquirir um direito. No plano material, a confiança se deita sobre um direito material, enquanto no plano processual, os sujeitos são submetidos a posições ativas e passivas de uma relação jurídica, de maneira que a atuação de uma das partes no processo coloca a outra parte na condição de adotar determinada conduta, num encadeamento de causa e efeito.

De acordo com Felice Balzano (2016, p. 34 e 35), a expectativa se materializa sobre a manutenção de uma situação jurídica consolidada no processo, propiciada pelo comportamento anterior e que serve como base para ações futuras a serem adotadas. Do comportamento processual de um ente se tem a dimensão de quais serão os próximos passos. Assim, apesar do ato processo ser fruto de uma vontade, ele não deixa de ser um ato de responsabilidade. Ou seja, confia-se nos atos praticados pela parte, de modo que o seu segundo comportamento não pode prejudicar o oponente, que já traçou sua estratégia de êxito quando da prática do *factum proprium*. A expectativa firmada e a lógica do processo implicam que nenhum ato subsequente rompa a situação jurídica, caso o contrário, há configuração de *venire contra factum proprium* processual.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2019, p. 774-778), afirmam que o princípio da solidariedade social, contemplado pelo art. 3º da Constituição Federal, também proíbe o comportamento contraditório, pois institui o respeito e a consideração aos interesses de terceiros, impendendo comportamentos egoísticos. Provando, assim, que a Constituição Federal também se encontra em consonância com o princípio do *venire contra factum proprium*.

5. TUTELA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

Como traz Felipe Biondi (2009, p. 25), o plano de saúde é um contrato específico de prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada. Nele, um consumidor paga uma prestação e a operadora tem o encargo de prestar os serviços acordados, sem ônus financeiro para o cliente, apenas a respectiva mensalidade.

Felipe Biondi (2009, p. 22), ao falar sobre saúde, mostra que ela é um direito fundamental, consagrado na Constituição Federal de 1988 nos seus artigos 6º e 196º. Afirma, também que a regulamentação do mercado de saúde suplementar deve ser feita pelo poder público e implementada pelos operadores de mercado, pelos médicos e pelos prestadores de serviço. Cabe às operadoras dos seguros de saúde, sem deixar de cumprir a norma reguladora, disciplinar as condições sobre as quais se submeterão para atuar no mercado de saúde.

Felipe Biondi (2009, p. 23) informa que a regulação do mercado em questão é feita institucionalmente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. Já os planos de saúde em si, estão regulados pela Constituição Federal, que garante o direito à saúde, pela Lei Federal 9.656, por medidas provisórias que são editadas, subsidiariamente pelo CDC, e pelo Conselho de Saúde Suplementar - CONSU, que foi criado pela nova legislação, editando normas complementares às leis e medidas provisórias.

Segundo Luiz Carvalho Junior (2011, p 247), os contratos anteriores à Lei 9.656, que representam uma grande parcela dos contratos de planos de saúde vigentes, frequentemente previam limites ou restrições a alguns procedimentos médicos, reduzindo a permanência em UTI's, limitando internações hospitalares e semelhantes. Essas cláusulas são consideradas nulas, pois vão contra à boa-fé objetiva.

Felipe Biondi (2009, p. 24) afirma que durante quase uma década o mercado de saúde suplementar não tinha disciplinamento jurídico, ficando livre a iniciativa das entidades privadas que nele operavam, o que só mudou a partir da Constituição de 1988. Os consumidores sofriam diversos abusos, já que essa relação não possuía legislação própria.

Segundo Luiz Carvalho Junior (2011, p. 246), os contratos de plano de saúde devem ser amparados pelo Código de Defesa do Consumidor, mesmo quando celebrados antes da sua vigência, garantindo a defesa dos interesses dos consumidores. Assim, apesar do contrato ter sido firmado antes da vigência do referido Código, não há como afastar a incidência de suas disposições.

Luiz Carvalho Junior (2011, p. 246) fala sobre o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece, como direito básico

do consumidor, o direito à informação clara e adequada sobre os produtos e serviços, qualidade e preço. Portanto, nos contratos de seguro de saúde, a empresa deve informar ao consumidor sobre o aumento do preço do plano por faixa etária e de acordo com o tipo de plano. A falta de informação e a presença de cláusula no contrato que permita tais aumentos posteriores viola a boa-fé objetiva, nos termos do art. 51, IV do CDC.

Marcia Barros (2011, p. 290) traz a pauta da inviolabilidade do direito à vida. Sobre o assunto, Marcia diz que essa é uma das grandes conquistas do mundo civilizado e que esse direito sempre foi ameaçado em períodos de domínios do arbítrio. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, não trazidos por nenhum diploma anterior, como a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida.

Como conclui Marcia Barros (2011, p. 290 e 291), apesar do art. 5º da Constituição Federal não ter citado expressamente a proteção à saúde, deve-se entender que ela está embutida nas disposições do direito à vida, já que é impossível garantir a vida e ignorar o bem que a assegura, a saúde. Ainda assim, o legislador trata expressamente da saúde na Seção II da Carta Constitucional, que estabelece que o direito à saúde é de todos e dever do Estado e institui regras gerais para sua implementação.

Como afirma Luiz Carvalho Junior (2011, p. 247), a saúde é um direito constitucionalmente assegurado, situado entre aqueles de maior importância individual e social, superior a qualquer direito de natureza econômica. Sua prestação e garantia são deveres do Estado. A assistência à saúde é permitida à iniciativa privada, que pode presta-lá com objetivo de lucro, mas que precisa oferecer o serviço adequado, de qualidade e que assegure a assistência à saúde dos seus consumidores, mantendo-se o respeito ao direito, nos moldes constitucionais.

Falando sobre o assunto, Marcia Barros (2011, p. 291) afirma que a assistência à saúde por particulares é tão relevante que a constituição traçou normas gerais sobre o assunto. A prestação do serviço da saúde, mesmo quando efetuada por particulares, continua sendo um serviço público e seu prestador precisa seguir os ditames da Administração ao fazê-lo. Apesar de não ser exigirem

que o particular preste o serviço de forma gratuita, também não é permitida a fixação de preços abusivos, até porque essa atividade não visa primordialmente a obtenção de lucro.

Segundo Marcia Barros (2011, p. 296), a confiança que sempre norteou as relações entre médico e paciente foi transferida, na atualidade, para as operadoras de plano de saúde, que, no momento da contratação, prometem segurança e proteção contra riscos futuros, em troca de pagamentos mensais.

O Código Civil de 2002, como traz Marcia Barros (2011, p. 296 e 297), conseguiu suprir a lacuna do Código de 1916, introduzindo, no seu art. 422, a boa-fé objetiva. Porém, antes disso, o CDC já havia trazido a figura da boa-fé objetiva no seu art. 4º, III, quando estabeleceu os princípios que deveriam reger a relação de consumo. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor instituiu como cláusula abusiva a disposição contratual que coloca o consumidor em desvantagem exagerada.

Apesar de toda a proteção dada ao consumidor pelo legislador, Marcia Barros (2011, p. 297), informa que ainda são inseridas cláusulas abusivas ou de dupla interpretação nos contratos, lesando a boa-fé dos contratantes, que acreditam que tudo exposto verbalmente pelas agências será cumprido. A conduta verbal do contratante, então, pode ser considerada o *factum proprium* e o não cumprimento de sua obrigação num futuro oportuno, é o *venire*.

Conforme relata Stefânia Mendes (2016, p. 145), a relação jurídica que os contratos de plano de saúde fundam deve pautar-se na tutela da confiança, afastando cláusulas abusivas e a falta de dever de informação, de modo a exercer procedimentos indispensáveis à manutenção da vida dos beneficiários e seus dependentes. O princípio da boa-fé objetiva demonstra-se presente nos contratos de plano de saúde quando estabelece que as partes devem se comportar com lealdade e cooperação. Esses contratos são instrumentos de concretização de direitos fundamentais, de modo tal que as agências devem atentar-se para a efetivação concreta do direito à saúde, alcançando, assim, a dignidade da pessoa humana.

Stefânia Mendes (2016, p. 145-147) acredita que as cláusulas do contrato de plano de saúde devem ser interpretadas de maneira que atendam as expectativas criadas por ambas as partes, especialmente àquela que se encontra em situação de vulnerabilidade.

Por vezes, os contratos apresentam cláusulas imprecisas, abusivas e de difícil compreensão e o beneficiário acredita, de boa-fé, que o que foi pactuado verbalmente será cumprido, criando uma expectativa de que, quando necessário, o atendimento será eficaz e sendo, posteriormente, surpreendido com a existência dessas cláusulas.

Como informa Stefânia Mendes (2016, p. 147), a existência de cláusulas abusivas contratuais pode levar o consumidor à grandes prejuízos e acarretar a violação do direito fundamental à saúde. Por isso, as cláusulas contratuais devem ser redigidas de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor.

A decisão jurisprudencial a seguir trata-se de apelação cível interposta por Suzette da Rocha Moura e outros, em desfavor do apelado “Amil Assistência Médica Internacional S A”.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA COM BASE EM INADIMPLÊNCIA. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. CONDUTA ABUSIVA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA RECEBIDA POR PESSOA ESTRANHA E DESCONHECIDA. NECESSIDADE DE CIÊNCIA PESSOAL, DADO O OBJETO DO CONTRATO. ENVIO DE BOLETOS APÓS O CANCELAMENTO DO PLANO DE SAÚDE. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. ATUAÇÃO COM BASE NO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. VEDAÇÃO. RESTABELECIMENTO DO PLANO DE SAÚDE. DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS. INEXISTENTE O DANO MORAL.

REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA. Sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos autorais para o restabelecimento do plano de saúde da primeira autora, bem como para a condenação da operadora do plano de saúde ao ressarcimento, em favor da primeira autora, dos valores indevidamente pagos, na forma simples, no período em que o contrato se encontrava rescindido. Pretensão recursal de reforma da sentença para o restabelecimento do plano de saúde, bem como da condenação da operadora ao ressarcimento, em dobro, em favor do segundo autor, pelo pagamento das mensalidades de junho e julho de 2011, quando o plano se encontrava cancelado, e à reparação por dano moral. Não houve, por parte da operadora do plano, a efetivação da prévia notificação pessoal. Operadora do plano de saúde que, mesmo após a rescisão do contrato, em maio de 2011, manteve o envio

de boletos de pagamento dos meses subsequentes, que foram pagos pela usuária do plano, de modo a lhe gerar a expectativa de continuidade do contrato. Proibição do venire contra factum proprium. Conduta ilegal e abusiva da operadora de plano de saúde caracterizada. Restabelecimento do plano de saúde que se impõe, in casu, nas mesmas condições anteriores. Aplicação do verbete sumular 75 desta Corte de Justiça. Reforma da sentença, tão-somente, para a condenação da operadora ao restabelecimento do plano de saúde da primeira autora. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. (TJ-RJ - Des(a).ALCIDES DA FONSECA NETO - Julgamento: 21/10/2015 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL - 0469693-18.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO).

A relação mencionada entre os contratantes é uma relação de consumo, de acordo com o enunciado da súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contratos de plano de saúde”. Assim, ela deve ser julgada à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Destaca-se inobservância pela operadora de plano de saúde do disposto no art.13º, inciso II, da Lei 9.656/96, que prevê que “a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência”.

Apesar de haver inadimplência da usuária do plano por período superior a 60 dias no ano de 2011, não foi efetivada qualquer notificação por parte da operadora, já que a notificação enviada ao endereço da autora foi entregue a pessoa diversa e desconhecida da cliente. Ainda é importante ressaltar que tal notificação deve ser inequívoca, permitindo ao usuário o conhecimento claro da situação, de modo a evitar a rescisão do contrato que tem como finalidade principal a prestação do serviço de assistência à saúde e não o lucro.

Não obstante, o consumidor também deve ser devidamente informado a cerca do valor do débito, das consequências do atraso e do prazo para a quitação da dívida, que só pode ser realizada se o consumidor tiver conhecimento da situação, que deve ser dado pela agência do plano de saúde.

Após a rescisão contratual, que ocorreu em maio de 2011, a operadora permaneceu enviando os boletos de pagamento dos meses subsequentes, que foram pagos pela consumidora, ato que gera expectativa de continuidade do contrato para a cliente. Aqui se caracterizou o descumprimento da proibição do *venire contra factum proprium*. O comportamento contraditório da operadora não é tolerado pelo ordenamento jurídico, pois viola os deveres anexos da boa-fé objetiva de confiança e lealdade.

Foi reconhecida a conduta abusiva da operadora de plano de saúde e reestabelecido o contrato nas mesmas condições anteriores.

6. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

Ao longo da pesquisa, pôde-se notar a importância da aplicação da boa-fé objetiva nas relações contratuais e sua funcionalidade no direito do consumidor, vedando cláusulas abusivas e criando deveres anexos de conduta. Igualmente foi observada sua efetivação nos contratos de plano de saúde e a destacada a sua relevância ao ser aplicada nesse tipo de relação.

Foram estudadas as características e particularidades do abuso de direito e chegou-se a conclusão de que o comportamento contraditório é uma modalidade de abuso de direito que viola a boa-fé objetiva e deve ser evitado nas relações contratuais, podendo violar a proibição do *venire contra factum proprium*.

Conclui-se que a implementação do princípio do *venire contra factum proprium* é de suma importância, principalmente quando falamos dos contratos de seguro de saúde, que estão intimamente ligados ao bem da vida e o direito à dignidade humana. Portanto, é necessário evitar comportamentos contraditórios, de modo a atender as expectativas de ambas as partes, principalmente a do consumidor, que é ser vulnerável na relação de consumo e tem o seu bem da vida tutelado.

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. **A Vulnerabilidade e Sua Repercussão no Superendividamento do Consumidor**. 2014. Tese (Doutorado em direito) - Universidade Federal de Pernambuco Centro de Ciências Jurídicas Faculdade de Direito de Recife Programa de Pós-Graduação em Direito. Recife. Orientador: Prof. Dr. Paulo Luiz Neto Lôbo. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br...> Acesso em: 22 jun, 2020.

- BARROS, Marcia Cristina Cardoso de. Contratos de Planos de Saúde: Princípios Básicos da Atividade. In: MARIANO, Leila (diretora-geral). **Judicialização da Saúde, Parte I: Saúde Suplementar no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011, p. 290 - 299. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br...> Acesso em: 28 jun, 2020.
- BIONDI, Felipe Thomaz. **Plano de Saúde X Direito do Consumidor: Desvio de Finalidade**. 2009. Artigo científico (Pós graduação em direito *Latu Sensu*) - Universidade Cândido Mendes (UCAM). Angra dos Reis. Disponível em: <http://www.avm.edu.br...> Acesso em: 26 jun, 2020.
- BORGES, Letícia Jorge Teixeira Souto Maior. **As Facetas Contemporâneas do Instituto do Abuso de Direito**. 2014. Artigo Científico (Pós graduação em direito *Latu Sensu*) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Professores orientadores: Mônica Areal; Néli Luiza C. Fetzer; Nelson C. Tavares Junior. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br...> Acesso em: 24 jun, 2020.
- BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br...> Acesso em: 18 mar, 2020.
- BRASIL. **Código Civil de 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br...> Acesso: 29 jun, 2020.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br...> Acesso em: 25 jun, 2020
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br...> Acesso em: 13 mar, 2020.
- BRASIL. Lei **9.656**, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 26 jun, 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 469. Segunda seção, julgado em 24 nov, 2010.
- CARVALHO JUNIOR, Luiz Alfredo. Contrato de Plano de Saúde Particular. In: MARIANO, Leila (diretora-geral). **Judicialização da Saúde, Parte I: Saúde Suplementar no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011, p. 245-253. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br...> Acesso em: 27 jun, 2020.
- COSTA, Judith Martins. **A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Saraiva, 2018.

- DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos atos próprios no princípio da boa-fé**. Curitiba: Juruá, 2007.
- DINIZ, Carlos Eduardo Iglesias. A Boa-fé Objetiva no Direito Brasileiro e a Proibição de Comportamentos Contraditórios. *In*: MARIANO, Leila (diretora-geral). **10 Anos do Código Civil: Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos**. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013, p. 61-75. <https://www.emerj.tjrj.jus.br...> Acesso em: 09 mar, 2020.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2019.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MARCACINI, Daniela Tavares Rosa. **O Abuso de Direito**. 2006. Dissertação (Mestrado em direito) - Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Orientador: Profa. Dra. Regina Vera Villas Boas. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br...> Acesso em: 23 jun, 2020.
- MENDES, Stefânia Fraga. **A incidência do Princípio do Venire Contra Factum Proprium No Contrato de Plano de Saúde**. 2016. Dissertação (Mestrado em direito) - Universidade Estadual Paulista “Júlio Mesquita Filho” (UNESP). Franca. Orientadora: Prof^{fa}. Dr^a. Kelly Cristina Canela. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br...> Acesso em: 15 mar, 2020.
- OLIVEIRA, Paula Durão Alves Palmeira de. **Aplicação da Boa-fé Objetiva às Condutas do Consumidor**. 2016. Artigo Científico (Pós graduação em direito *Latu Sensu*) - Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Professores orientadores: Mônica Areal; Néli Luiza C. Fetzner; Nelson C. Tavares Junior. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br...> Acesso em: 21 jun. 2020.
- PALUDO, Daniela Maria. **Princípios Adotados Pelo Código de Defesa do Consumidor**. 2005. Artigo Científico (Graduando em Direito) - Curso de Direito da Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES). Lajeado. Disponível em: <https://www.univates.br...> Acesso em: 10 mar, 2020.
- RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível Nº 0469693-18.2011.8.19.0001. Vigésima Terceira Camara Cível. Relator: Des. Alcides da Fonseca Neto. Julgado em 21 out. 2015. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10.0>. Acesso em: 15 mar, 2020.
- SCHMITZ, Jonathan Bruno. **Nemo potest venire contra factum proprium: uma leitura do princípio a partir dos aportes teóricos e legislativos tra-**

zidos pelo Novo Código de Processo Civil. 2015. Monografia (Graduando em direito) - Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter). Orientador: Miguel do Nascimento Costa. Disponível em: [https:// www.uniritter.edu.br...](https://www.uniritter.edu.br...) Acesso em: 25 jun, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **A Proibição de Comportamento Contraditório.** São Paulo: Atlas, 2016.

ZANETTI, Andréa Cristina; TARTUCE, Fernanda. Atualização do CDC: Boa-fé, Superendividamento e Proibição da Arbitragem de Consumo. **Revista de Direito do Consumidor.** REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. VOL. 106, 2016. p. 23 -38. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br...> Acesso em: 22 jun, 2020.

Capítulo II

Femicídio x feminicídio: o mapeamento dos parâmetros conceituais diferenciadores

Camila da Silva Nery

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.

Femicídio x feminicídio: o mapeamento dos parâmetros conceituais diferenciadores

RESUMO: Artigo destinado a realizar a diferenciação entre os parâmetros conceituais entre os crimes de feticídio e feminicídio no tocante as suas circunstâncias e penalidades. Busca-se relacionar o movimento feminista, a violência de gênero e reflexões contemporâneas que estabeleçam subsídios capaz de demonstrar de que maneira os aspectos supracitados influenciam no tocante a diferenciação.

Palavras-chave: Feticídio; Feminicídio; Parâmetros conceituais diferenciadores.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2. O FEMINISMO E SUAS INTERFACES 2.1 VIO-LÊNCIA DE GÊNERO E SUAS RELAÇÕES PATRIARCAIS 2.2 MOVIMENTO FE-MINISTA 2.3 LEI MARIA DA PENHA 3 FEMINICÍDIO: UMA DISCUSSÃO CON-TEMPORÂNEA 3.1 DADOS SOBRE OS CASOS DE FEMINICÍDIO NO BRASIL 3.2 A MÍDIA E O FEMINICÍDIO: REFLEXÕES NA CONTEMPORANEIDADE 4 O MAPEAMENTO DOS PARÂMETROS CONCEITUAIS DIFERENCIADORES 4.1 CIRCUNSTÂNCIAS 4.2 PENALIDADES 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Considera-se fundamental tratar a diferenciação entre feticídio e feminicídio, uma vez que ficou evidenciado um maior número de registros de feminicídio depois de sancionada a Lei nº 13.104, de 2015. Isso se deve ao fato de que os crimes estão sendo enquadrados como feminicídio, e não apenas como homicídio doloso.

Diante disso, cabe ressaltar que o feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por sua condição de sexo feminino, enquanto o femicídio é praticar homicídio contra mulher. Antes de ser sancionada a lei supracitada, não havia punição especial pelos crimes praticados contra a mulher por razões de gênero, ele era punido de forma genérica, como sendo homicídio.

O diálogo acerca desta violência não é recente, cabe destacar que o termo femicídio foi utilizado pela primeira vez em 1976 por Diana Russell, perante o Tribunal Internacional sobre Crimes contra as Mulheres, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres. Posteriormente, Marcela Lagarde foi responsável pela introdução do termo feminicídio no meio acadêmico e diferenciou os conceitos de femicídio e feminicídio.

A discussão sobre o feminicídio ainda é muito pequena e restrita, a maioria das vítimas nunca registra boletim de ocorrência ou obtém uma medida de proteção. Isso decorre de muitos fatores, dentre eles, a negação da existência do problema pelas mulheres, além de muitas delas não denunciarem, pois não rompem com o silêncio. Tal fato pode ser atribuído à repressão ou negação reproduzida pela sociedade sexista que naturaliza as diferenças entre os sexos e impõem padrões.

Este trabalho consiste em apresentar uma relevância no sentido de prestar subsídios conceituais e, por sua vez, fomentar a compreensão da diferença entre femicídio e feminicídio, ainda considerados termos semelhantes pela conjuntura social. Além disso, procura estimular uma reflexão sobre a Lei nº 13.104, de 2015, que prevê uma penalidade mais acentuada a aqueles que praticam violência tamanha que gere morte de uma mulher, por sua condição de sexo feminino. Além de sinalizar requisitos básicos para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos.

Este artigo tem a pretensão de verificar, a partir da análise da questão de gênero e as modificações significativas que a Lei do feminicídio trouxe ao ordenamento jurídico, a tocante diferenciação do feminicídio com o femicídio, podendo estabelecer a sua abrangência e relevância.

A pesquisa apresentará uma abordagem qualitativa, caracterizada como pesquisa bibliográfica, tornando possível a análise dos parâmetros, de forma crítica, sobre a diferença entre femicídio e

femicídio, as quais envolvem apreciações sistemáticas baseadas no levantamento de referências teóricas, através de fontes escritas e eletrônicas, tais como livros, artigos científicos, páginas de web sites.

Para tanto, a abordagem supracitada, fundamenta-se nos preceitos de Minayo (1994) que parte do subjetivo e busca abranger valores, crenças, representações, entre outros.

Quanto às etapas, a primeira consistiu na identificação da problemática que, por sua vez, permitirá a organização dos elementos a serem estudados com rigor no processo da pesquisa.

A segunda fase da metodologia consistirá na pesquisa composta por revisão bibliográfica, voltada ao objetivo do estudo, para análise da diferenciação entre femicídio e feminicídio. Nesse sentido, serão utilizadas fontes de dados como universidades, livros, doutrinas e jurisprudência.

A fase seguinte, envolveu a escolha de procedimento para alcançar informações

relacionadas ao problema da pesquisa, a saber: levantamento bibliográfico já pesquisados e publicados.

Quanto ao aspecto temporal da pesquisa, será pautado no período entre os meses de março e junho de 2019, respeitando os aspectos éticos e metodológicos da pesquisa. A partir disso, a seleção do método da pesquisa consistiu no método dedutivo, e para tanto serão feitas observações e análises sobre o tema, sendo formuladas hipóteses e conclusões de maneira formal.

Portanto, este estudo visibiliza um agravo ainda pouco problematizado no cenário jurídico e social e, principalmente, pelo Estado por não efetivar, em alguns casos, sua representatividade em locais onde essa violência é mais perceptível. Para tanto, esse estudo visa contribuir na construção de questionamentos pautados no tema da pesquisa, descortinando o silêncio das vítimas.

2. O FEMINISMO E SUAS INTERFACES

As relações de gênero ao longo da história levaram a mulher a uma condição de subordinação, exploração e dominação perante os homens. Esse sistema patriarcal é marcado pela supremacia do homem, acreditando que possui direitos sexuais e controle so-

bre as mulheres, refletindo uma dominação perante essas relações constituídas, como a violência de gênero, o controle sobre o corpo, a dependência econômica e a não participação das mulheres nos espaços de poder.

Perante essa realidade surge o feminismo como um movimento social e político que defende a igualdade dos direitos entre os homens e as mulheres, combatendo assim com esse controle submetido à mulher. Esse movimento trouxe à tona as questões relacionadas à violência contra a mulher para o debate público, exigindo políticas públicas de enfrentamento a essa violência.

Logo, compreender a relevância do feminismo requer refletir acerca da violência de gênero e suas relações patriarcais frente a importância de uma consciência crítica para promoção da igualdade de gênero.

2.1. Violência de gênero e suas relações patriarcais

Entende-se que a violência de gênero abrange a exploração e dominação das mulheres pelos homens, que por sua vez impõe o poder de subordinar e determinar as condutas sociais delas, além de punir o que lhes apresenta como desvio.

Os padrões culturais patriarcais são formados por comportamentos e pelo conhecimento de gerações que reforçam a subordinação e dominação do homem sobre a mulher, cuja maior expressão desses padrões é o machismo. Segundo Mary Pimentel Drumont (1980, p. 81), o machismo é definido como um sistema de representações de dominação que mistifica as relações entre o homem e a mulher, fortemente ligado à intimidade sexual.

A cultura machista enfatiza uma relação desigual de poder, que por sua vez autoriza a condição de violar o corpo e os direitos das mulheres, na maioria das vezes buscando reafirmar uma masculinidade que coloca os homens em uma posição superior em relação às mulheres.

De acordo com o entendimento de Hannah Arendt (2009), a violência é entendida como um meio para tentar garantir superioridade frente ao mais fraco. A força é atribuída à violência simbolizando um indivíduo que estabelece as relações, na qual não há um discurso possível, e, neste sentido, para superar a violência é

necessário uma nova organização política que favorecesse ações renovadoras.

Diferentes aspectos marcam a violência de gênero, dentre eles, a questão psicológica, sexual, moral e simbólica. Assim, é de suma importância a sistematização do problema da violência, por meio da construção de espaços sociais de modo a tornar os elementos, referidos acima, plenamente visíveis. Um exemplo de violência a ser citado é a violência sexual, pois segundo Maria Cecília de Souza Minayo (1994), esta é naturalizada nas relações conjugais, uma vez que o sexo ainda, muitas vezes, é visto como uma obrigação para as mulheres.

Neste contexto, cabe ressaltar que a família é considerada a primeira instituição social que organiza as relações sexuais entre os gêneros, na qual dentro dela é que se pode perceber o controle social atuando diretamente sobre o corpo da mulher. Isso é reflexo de uma cultura patriarcal que aponta os direitos dos maridos de controle sobre suas esposas, inclusive dando abertura a violência contra a mulher. Por vezes, então, a família tem sido o lugar onde há prevalência do abuso, violência doméstica e estupro, sendo negada e ocultada pelo silêncio das vítimas em decorrência de diversos fatores do sistema estrutural, atribuindo “para que a filha seja obediente, a esposa fiel e a mulher exemplar” (POLYANTHEIA, 1881, p. 19).

Diante disso, para Stela Valéria Soares de Farias Cavalcanti (2007, p. 48), a violência doméstica pode ser definida como a que ocorre dentro da família, nas relações entre membros, formada por vínculos de parentesco natural, como pai ou parentesco civil e o parentesco por afinidade.

Torna-se, diante disso, urgente uma discussão profunda no tocante ao valor da mulher e suas relações mediante as injustiças sociais, cujo empoderamento seja fomentado para libertação daquelas que passam por situações de opressão no contexto familiar.

Marilena Chauí em seu artigo intitulado “Participando do Debate sobre Mulher e Violência”, concebe a violência contra as mulheres como o resultado de uma ideologia de dominação masculina que é reproduzida tanto por homens como por mulheres, cuja violência é definida como uma ação que transforma as desigualdades

entre os gêneros a fim de dominar, explorar e oprimir. A violência trata o ser que é dominado como um “objeto”, o qual é silenciado e se torna dependente. Nesse sentido, ele perde a sua autonomia, entendida como “capacidade de autodeterminação para pensar, querer, sentir e agir” (CHAUÍ, 1985, p. 36).

Em outras palavras, a violência contra as mulheres resulta em uma ideologia que define a condição feminina como inferior à condição “masculina”, cujas diferenças são dadas como desigualdades hierárquicas através de discursos masculinos sobre a mulher, que incidem sobre o corpo da mesma. O discurso masculino sobre o corpo feminino define a capacidade da mulher reproduzir e naturaliza a condição que se expressa na maternidade. Assim, ao contrário do homem, a mulher é um ser sem liberdade e capacidade para pensar, querer, sentir e agir de forma autônoma.

Essas circunstâncias não impedem que também não sejam praticadas pelas próprias mulheres, mas assim como Chauí diz, “as mulheres, tendo sido convertidas heteronomamente em sujeitos, farão de sua “subjetividade” um instrumento de violência sobre outras mulheres” (CHAUÍ, 1985, p. 47- 48).

Por outro lado, diferente da abordagem adotada por Chauí, a socióloga Heleieth Saffioti rejeita a ideia de que as mulheres sejam cúmplices da violência, embora concebendo-as como vítimas, a autora lhes define como detentoras de parcelas menores de poder dentro de uma relação com os homens. Para Saffioti (2004, p. 79-80), as mulheres não consentem com essas condições, mas são submetidas à essa violência, porque são forçadas a ceder por não terem poder suficiente.

Outro aspecto importante se refere ao estupro e a pornografia, sendo exemplos claros e frequentes de violência sexual, na qual objetifica e difama as mulheres. Assim, são vistas como responsáveis pela atração sexual do homem, além de culpadas por desviarem os homens do caminho da razão e da moralidade, por vezes a responsabilidade pelos ataques sexuais são atribuídas a elas, na qual consubstancia um sistema opressor.

Portanto, torna-se fundamental passar a refletir, com ênfase, sobre as questões associadas ao movimento feminista frente a violência de gênero marcante no sistema social.

2.2. Movimento feminista

Questões associadas ao movimento feminista tem se inserido cada vez mais nas diversas esferas da sociedade, uma vez que permite a construção de novas relações perante o sistema opressor que gera profundos desequilíbrios que afetam a igualdade de gênero.

O Feminismo pode ser definido como se refere Maria de Lourdes Pintassilgo, a saber:

A denúncia e a luta contra as práticas sexistas [...] isto é, as atitudes, práticas, hábitos e em muitos casos, a própria legislação, que fazem das pessoas pertencentes a um sexo e só por esta razão- seres humanos inferiores nos seus direitos, na sua liberdade, no seu estatuto, na sua oportunidade real de intervenção na vida social (198 1, p.12).

Cabe ressaltar que o movimento feminista surge a partir das ideias iluministas da Revolução Francesa (1789-1799) e a Revolução Americana (1775-1781), reivindicando direitos sociais e políticos, com ênfase para a luta sufragista. Como citam Lourdes Bandeira e Hildete Pereira Melo (2010, p.10), “No desenrolar do século XIX, as lutas libertárias pela conquista da cidadania ganharam vulto no mundo ocidental, a Inglaterra e a França foram sacudidas pelo movimento pelo direito à cidadania e o sufrágio universal”.

Os primeiros indícios do movimento feminista ocorreram através da publicação do livro “A Vindication of the Rights of Woman” de Mary Wollstonecraft, cuja obra reivindicava a amplitude dos direitos políticos e trabalhistas para as mulheres, bem como outras relacionadas às expressões da questão social.

Diante disso, passado anos, o movimento ressurgiu nas décadas de 1960 e 1970, com o objetivo de indagar os parâmetros políticos impostos na sociedade, cujo feminismo procurava romper com o que antes era aparentemente privado, alertando acerca da igualdade de todos os cidadãos, bem como da liberdade individual. Para Carole Pateman, o feminismo:

[...] chamou a atenção das mulheres sobre a maneira como somos levadas a contemplar a vida social em termos pessoais, como se tratasse de uma questão de capacidade ou de sorte individual [...] As feministas fizeram finca -pé em mostrar como as

circunstâncias pessoais estão estruturadas por fatores públicos, por leis sobre a violação e o aborto, pelo status de “esposa”, por políticas relativas ao cuidado das crianças, pela definição de subsídios próprios do estado de bem-estar e pela divisão sexual do trabalho no lar e fora dele. Portanto, os problemas “pessoais” só podem ser resolvidos através dos meios e das ações políticas (PATEMAN, 1996, p. 47).

Nesse alvorecer, depois de mobilizar mulheres da Europa e dos Estados Unidos, o movimento começou a alcançar vários países da América Latina pela influência daquelas que atuaram em movimentos guerrilheiros, participantes de movimentos e por aquelas que foram obrigadas a exilar-se de seu país. Alguns países como o Brasil, Chile, Argentina, México, Peru e Costa Rica utilizaram-se da imprensa, a fim de disseminar suas ideias, nos quais apareceram as primeiras manifestações feministas na primeira metade do século XIX (VALDÉS, 2000, p. 22-23; COSTA PINHEIRO, 1981, p. 55).

Vale salientar que o contexto latino-americano se mostrou diferente do americano e europeu, uma vez que as articulações entre os sujeitos ocorreram de formas diferentes. Ainda que a luta fosse unificada pelo reconhecimento dos direitos das mulheres, a América Latina passou pelo processo de resistência à ditadura, pela experiência com governos populares e pela implantação de políticas neoliberais. De acordo com Cynthia Sarti (1998, p. 8), “O feminismo surge no Brasil como consequência da resistência das mulheres à ditadura militar.”

Em relação ao século XIX, houve o aumento da participação das mulheres e a luta feminista conquistava destaque, os direitos começaram a surgir de forma mais nítida, uma vez que muitas já faziam parte da força de trabalho empregada. Muitas estavam incorporadas nas lutas trabalhistas, reivindicando seus direitos como trabalhadoras, inclusive em questões de opressão por gênero. De acordo com Ana Alice Alcantara Costa:

Em fins do século XIX, as mulheres brasileiras incorporadas à produção social representavam uma parte significativa da força de trabalho empregada, ocupavam de forma cada vez mais crescente o trabalho na indústria, chegando a constituir a maioria da mão-de-obra empregada na indústria têxtil. Influenciadas pelas ideias anarquistas e socialistas trazidas pelos trabalhadores imigrantes espanhóis e italianos, já se podiam encontrar algumas mulheres

incorporadas às lutas sindicais na defesa de melhores salários e condições de higiene e saúde no trabalho, além do combate às discriminações e abusos a que estavam submetidas por sua condição de gênero (COSTA, 2005, p. 11-12).

Somente com a entrada do século XX é que ressurgiram mobilizações femininas, de maneira que a luta pelo direito de voto, iniciada anteriormente à Constituinte de 1891. As mulheres enfrentavam preconceitos de diversas conjunturas, lutando por melhores direitos, como a luta durante os anos 50 contra a elevação do custo de vida. No Brasil, o movimento apresenta-se mais crítico e com a união de mulheres de diversas classes sociais, questionando a política, a educação e a dominação do homem na sociedade, bem como a sexualidade e o divórcio, enfrentando a “resistência aos governos militares, as mulheres participaram ativamente” (BANDEIRA; MELO, 2010, p. 25).

Na primeira década do século XX, existiam organizações feministas socialistas, anarquistas e liberais, em vários países da América Latina, que por sua vez, ocorriam simultaneamente ao processo de organização das classes populares, na qual discutiam e propagavam os direitos da mulher, frequentemente em congressos (muitos deles de caráter internacional), tendo como participantes muitas mulheres daquela época (COSTA, 2005).

Diante desse contexto, a atuação dos movimentos feministas, a partir dos anos 80, evidenciou uma forte autonomia, na qual contribuiu para que a temática sobre a violência contra as mulheres se tornasse pauta no direito internacional dos direitos humanos. A partir daí, o movimento feminista ganhou força e foi possível desencadear uma maior visibilidade às diferentes formas de expressão de violência baseada no gênero, sua denúncia como problema social e repúdio as diferentes formas de violência contra as mulheres (FARAH, 2004, p. 53).

Na década de 1990, os organismos de governo voltados ao movimento feminista passaram por uma situação de fragilidade, cujo Estado concebia para sociedade a responsabilidade das demandas sociais, com o seu clima conservador, as quais não foram garantidas por meio das políticas públicas. O movimento feminista brasileiro passou, de fato, a adquirir a forma de organizações não-governamentais (ONGs), com o intuito de fomentar maiores

espaços políticos para o movimento, de modo a evidenciar uma nova forma de apoio (SARTI, 2004, p. 42).

O feminismo, assim, contribuiu para estimular a transformação da situação da mulher na sociedade, de forma a superar a desigualdade presente nas relações entre homens e mulheres, bem como a inclusão da questão de gênero em espaços públicos. Tal movimento abrange uma expressão ampla de combate de questões ligadas às mulheres, além de questionar e confrontar o sistema, que por sua vez naturaliza o patriarcalismo e reforça que as mulheres sempre se encontrarão em posição de dominação.

Nessa conjuntura, o movimento supracitado reivindica a construção de um novo sistema pautado na liberdade e igualdade social, além da construção de políticas públicas efetivas capazes de combater a discriminação sofrida pela mulher, bem como formular legislações que punam as atitudes violentas praticadas pelos homens. Como corroboram Bandeira e Melo (2010, p. 8), “o movimento feminista nasceu das lutas coletivas das mulheres contra o sexismo, contra as condições de aversão e inferiorização do feminino, transformadas em práticas rotineiras de subordinação”.

Simone de Beauvoir (1949), em sua obra “O Segundo Sexo” enfatizou a ideia de que ninguém nasce mulher, torna-se mulher, na qual contestou todo determinismo biológico e provocou escândalos, cujas principais ideias fundamentaram as lutas feministas. Ela fez um estudo sobre a mulher na sociedade, como também buscou demonstrar que o “ser mulher” é algo construído histórico e socialmente.

Além disso, cabe ressaltar que Beauvoir (1949, vol.II, p.185), afirmava que o homem é tido como um ser humano, enquanto a mulher como fêmea, devido que toda vez que elas exigiam ser tratadas como um ser humano, eram acusadas de tentarem ser um homem. As reivindicações femininas, na maioria das vezes, são desqualificadas e desvalorizadas, constituindo, assim, um menor poder de voz na sociedade. Isso mostra, no entanto, que toda tentativa do movimento feminista de problematizar é ignorada e que não são ouvidas com seriedade.

Percebe-se uma preocupante negatização do feminismo no mundo moderno, principalmente entre os jovens, sendo o movi-

mento obtendo conotações pejorativas e ofensivas. Apesar dessas ideias ultrapassadas e a naturalização das conquistas feministas, é preciso saber que mesmo a mulher sendo alvo de uma opressão histórica, apenas conseguiu ter seus direitos ao voto, à educação, entre outros, a partir das conquistas feministas.

Portanto, os caminhos trilhados pelo movimento feminista apresentaram uma representatividade em termos da valorização da mulher, no qual se tornou um marco referencial para inaugurar espaços de diálogos, inclusive, fomentando a formulação da Lei Maria da Penha.

2.3. Lei Maria da Penha

Diante da evolução histórica e social, sobretudo, do movimento feminista, pode-se visibilizar a violência contra a mulher, até então considerada um assunto do âmbito privado, evidenciando a estrutura de dominação masculina, que por sua vez não era presente nas práticas jurídicas de enfrentamento.

A Lei n. 11.340/2006 ou Lei Maria da Penha, dispõe em seus art. 5º e 7º o conceito de violência doméstica, podendo também ser aplicável aos casos de feminicídio (MELLO, 2017,

p. 145). Assim sendo, Heleieth Saffioti (2001) afirma que a violência doméstica é abarcada pela violência de gênero, contudo elas não se confundem.

Nessa conjuntura, a Lei Maria da Penha representa o resultado de uma forma de enfrentamento contra a violência doméstica e familiar, tendo uma importante contribuição das feministas, pois a elaboração do processo legislativo contou com a mobilização dos movimentos feministas, que por sua vez constituiu um campo de poder decisivo para a conquista de novos direitos, com também para criação de políticas públicas.

Além disso, ela oferece um aparato legal para coibir com a violência doméstica e familiar, cujas definições tão apresentadas em seu texto de Lei, conforme os seguintes artigos:

Art. 5 Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6 A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos. (BRASIL, 2006).

Ao desconstruir o modelo anterior concernente ao tratamento legal e possibilitar a participação das mulheres nos debates, o feminismo registrou uma participação política das mulheres como sujeitos de construção legais, além de alcançar uma nova posição de sujeito no direito penal (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 9).

A Lei n. 11.340/2006 ou Lei Maria da Penha, emergiu como uma possibilidade jurídica

ao resguardo dos direitos das mulheres, no intuito de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Para Hermann (2008, p. 101) “Fica claro que a lei busca proteger a mulher contra abusos decorrentes de preconceito ou discriminação resultante de sua condição feminina, não importando se o agressor é homem ou outra mulher”.

Diante disso, é de suma importância enfatizar que, de acordo com os dados oficiais do IMP (Instituto Maria da Penha), a referida lei representou uma homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, na qual sofreu uma tentativa de assassinato com dois tiros nas costas, em 1983, enquanto dormia com seu ex-marido, chamado Marco Antônio Herredia Viveros. Neste cenário, Maria da Penha saiu paraplégica, e ainda sofreu uma segunda tentativa de assassinato, no mesmo mês, quando ele tentou eletrocutá-la, após jogá-la da cadeira de rodas embaixo do chuveiro. Perante isso, houve uma investigação em torno dos fatos, mediante a denúncia oferecida ao Ministério Público Estadual, que por sua vez foi realizada apenas no ano consecutivo.

Após 15 anos, a justiça brasileira ainda não havia dado uma decisão ao caso, sendo apenas possível através do intermédio de ONG's, nos quais conseguiram remeter o ocorrido para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), a qual acatou a denúncia de violência doméstica, condenando o ex-marido.

Assim, o caso de Maria da Penha evidenciou um descaso e omissão da justiça brasileira com relação à violência contra as mulheres, por isso a OEA sugeriu que fosse criada uma legislação adequada a esse tipo de violência. Então, surgiu a ideia de criação de um projeto de lei para coibir as inúmeras formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, podendo garantir a segurança, definindo linhas políticas de prevenção. O Brasil passou a adotar alguns princípios para prevenir e punir a violência, integrando fiscalizações e adotando medidas.

Em 2001, em decisão inédita, a Comissão Interamericana condenou o Estado brasileiro por negligência e omissão em relação à violência doméstica, recomendando ao Estado, dentre outras medidas, “prosseguir e intensificar o processo de reforma, a fim de romper com a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra as mulheres no Brasil” (PIOVESAN; PIMENTEL, 2011, p. 110).

Com o advento da Lei, de fato, foi possível concretizar benefícios e direitos assegurados através de seu texto legal, na qual compõe a violência doméstica e familiar como violação aos direitos humanos, cuja aplicação não é somente importante para proteção da vítima, mas também para instrução de inquéritos e ações penais. Perante a mudança legislativa, introduzida pela Lei 13.104/2015, a Lei Maria da Penha passou a ser aplicada em Tribunais do Júri, estendendo as suas medidas de prevenção, proteção e punição para todas as mulheres vítimas de tentativas ou mortes violentas decorrentes da violência de gênero.

Partindo do pensamento de Valéria Diez Scarance Fernandes (p. 41- 43), destaca-se a importância de criar instrumentos que equacionem as condições de vida dos homens e as mulheres, além da igualdade formal. Para a referida autora, o grande mérito desta previsão legal é as formas de violência de forma atemporal, permitindo as ampliar.

Entretanto, a Lei supracitada não define penas, somente cria medidas protetivas, assim sendo necessário uma tocante atenção à Lei do Femicídio, pois esta contribui para a uma relevante proteção da mulher vítima desta violência.

3. FEMINICÍDIO: UMA DISCUSSÃO CONTEMPORÂNEA

Considera-se fundamental tratar sobre o feminicídio, na qual consiste no assassinato de mulheres em decorrência de seu gênero, que por sua vez é significativa no contexto contemporâneo, pois vem de um fenômeno histórico de mulheres subordinadas e violentadas.

No Brasil, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) investigou a violência contra a mulher e apresentou um projeto de lei tipificando o feminicídio como uma continuidade legislativa da Lei Maria da Penha, “[...] a lei [Maria da Penha] deve ser vista, no entanto, com um ponto de partida, e não de chegada, na luta pela igualdade de gênero e pela universalização dos direitos humanos. Uma das continuações necessárias dessa trajetória é o combate ao feminicídio” (BRASIL, 2013, p. 1003).

Desde 2015, o feminicídio é considerado no Brasil um crime hediondo, no qual ficou conhecido como Lei do Femicídio ou Lei n. 13.104/2015, representando um marco das políticas públicas de enfrentamento a violência contra as mulheres. Gomes apresenta:

[...] feminicídio é a morte violenta, não acidental e não ocasional de uma mulher em decorrência justamente da sua condição de gênero - ser mulher - em uma sociedade patriarcal, machista, sexista e misógina. É a forma mais extrema de violência praticada contra uma mulher e revela um conjunto de vulnerabilidades sofridas ao longo da vida. (GOMES, 2015, p.193).

Cabe salientar que, segundo o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), o termo femicídio foi utilizado originalmente por Diana Russel em 1976, durante um depoimento perante o Tribunal Internacional de Crimes Contra Mulheres em Bruxelas, para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres.

Posteriormente, foi concebido um conceito do termo por Diana Russel (1992), salientando que as mortes classificadas como femicídio resultariam de uma discriminação baseada no gênero, sendo

um fato de constantes abusos verbais e físicos, uma extensa gama de violências e privações que as mulheres são submetidas que resultem em mortes.

As autoras Caputi & Russel (1992, p.34) reforçam tal pensamento quando expressam que “o assassinato de mulheres realizado por homens motivado por ódio, desprezo, prazer ou um sentido de propriedade sobre as mulheres”.

Diante disso, a expressão feminicídio foi cunhada por Marcela Largarde (2007) no sentido de revelar a forma de extrema violência de gênero contra as mulheres ocorridas em um contexto de impunidade social e do estado, que não criam segurança para a vida das mulheres, criando uma responsabilidade na produção das mortes de mulheres. Tais condutas colocam as mulheres em risco, podendo culminar em homicídio ou em diversas outras formas de mortes violentas de mulheres (LAGARDE, 2007, p. 33).

Diante disso, faz-se necessário analisar os dados relacionados aos casos de feminicídio no Brasil, no sentido de dar abertura para problematizar os aspectos envolvidos e, posteriormente, buscar soluções práticas para valorização da mulher.

3.1. Dados sobre os casos de feminicídio no Brasil

Tratar acerca dos dados relacionados aos feminicídio significa evidenciar a violência, que é caracterizada como uma ação que envolve uso de força física ou abuso de poder contra outro indivíduo ou comunidade, e por sua vez quando um ato violento resulta em morte, este é denominado de homicídio (SANTOS; CORDEIRO, 2017). No caso da mulher, ela é considerada a principal vítima de violência de gênero devido a uma cultura patriarcal, cujo homem é considerado o centro da razão, por um conceito sexista pré-formulado da sociedade. Os estudos sobre a violência de gênero têm-se expandido devido ao processo de mudança social, marcado pela inserção da mulher na esfera pública, nos quais começaram a gozar de uma maior visibilidade social. Tal visibilidade é um fator que contribuiu nos estudos sobre os efeitos da cultura patriarcal, no que tange à produção e reprodução da violência de gênero.

Anteriormente, não era produzido dados estatísticos sobre a violência de gênero e o feminicídio, bem como não se tinha conhecimento acerca da quantidade de mulheres vítimas de violência

doméstica ou daquelas assassinadas por homens. A partir do levantamento dos dados, torna-se possível revelar que tais práticas são sistemáticas e, assim, evidenciam-se.

Diante dessa perspectiva, a violência contra a mulher tem dados alarmantes, assumindo proporções a nível mundial. A cada ano, 25 mil mulheres são violentadas sexualmente de acordo com o relatório da Anistia Internacional, na França, gerando alto índice de mortalidade (SILVA et al., 2013).

Neste contexto, a Organização Mundial da Saúde (OMS), no ano de 2013, estimou 38% dos assassinatos ocorridos contra mulheres, foram praticados por seus parceiros do sexo masculino, enquanto neste mesmo ano, os homens apresentaram uma taxa de 6% dos assassinatos por mulheres (BUTCHART; MIKTON, 2014).

Nos últimos 35 anos no Brasil, evidenciou-se uma taxa padronizada de 5,13 mortes violentas a cada 100 mil mulheres. Nas regiões do país, o Centro-Oeste aparece com 7,98, seguido pelo Sudeste com 4,78, Norte com 4,77, Nordeste com 4,05 e o Sul com 3,82 mortes de mulheres e tendo a utilização de armas de fogo, posteriormente armas brancas, seguido por estrangulamento (SOUZA et al., 2017).

Segundo constatam-se as informações obtidas pelo Mapa da Violência no Brasil (2015), no período de 1980 até 2010, mostra grandes taxas de mortes femininas por agressão e tendo coeficientes de mortalidade que passam de 2,3/100.000 para 4,8/100.000, representando um aumento de 111% no período. Além disso, apenas em 2013, foram 4.762 mulheres mortas e por meio das declarações de óbito não foi possível caracterizar os homicídios como feminicídios seguindo os termos da Lei 13.104 de 2015, por falta de informações sobre os autores dos crimes e a sua relação com a vítima.

Nos últimos 35 anos, no Brasil, evidenciou-se uma taxa padronizada de 5,13 mortes violentas para cada 100 mil mulheres. Nas regiões do país, em destaque o Nordeste, aparece com 4,05 óbitos de mulheres, tendo como principal meio para a realização do ato a utilização de armas de fogo, posteriormente armas brancas, seguido por estrangulamento (SOUZA et al., 2017).

Além disso, em 2016, ocorreram 4.391 casos de feminicídio em âmbito nacional, e caracterizou-se tal evento como um prob-

lema de saúde pública, na qual merece atenção das autoridades governamentais, dos profissionais da saúde e da própria população (CAMPOS et al., 2011).

Em uma sociedade marcada por diversas expressões de violência e desigualdade social, as mulheres são destacadas pela desigualdade de gênero vivida dentro de uma sociedade e cultura machista, no qual atribui-se ao homem como detentor de poder. Nesse cenário, surge crimes como o feminicídio, um ato extremo e cruel contra a mulher (SOUZA et al., 2017).

Diante das elevadas taxas de mulheres vítimas de feminicídio, surge uma suma importância em estimular políticas públicas voltadas ao tema. Portanto, conhecer o panorama da legislação acerca do tema oportuniza espaço para criação de subsídios voltados a proteção da mulher.

3.2. A mídia e o feminicídio: reflexões na contemporaneidade

A violência contra as mulheres é considerada um problema de saúde pública pela Organização Mundial da Saúde desde 1990. A maioria dos crimes, ocorre no ambiente doméstico e compreendem agressões de caráter físico, psicológico, sexual e patrimonial, podendo culminar na morte da mulher. Essa violência se sustenta em uma realidade social baseada na desigualdade entre os gêneros e as mulheres, ainda mais, se encontram em uma situação de inferioridade.

A violência contra a mulher e, principalmente, o feminicídio, se manifestam em participações desiguais entre as mulheres e os homens no poder político e econômico. As desigualdades entre os gêneros são naturalizadas pela “representação do mundo social (e, em particular, da política) feita pela mídia (e, em particular, pelo jornalismo) contribui para perpetuar tal desigualdade” (MIGUEL; BIROLI, 2010, p.12). Diante disso, casos como de Eloá Cristina Pimentel destacam essa desigualdade entre os sexos e são refletidos e promovidos pela mídia.

Eloá Christina Pimentel, tinha 15 anos e morava em Santo André, cidade do estado de São Paulo, a mesma havia tido um relacionamento com Lindemberg Alves. Após uma tentativa de reatar o namoro, Lindemberg invadiu o apartamento onde Eloá morava

e a fez de refém, mantendo-a em cárcere privado — terminado quando a polícia invadiu o apartamento —, o que o levou a tirar a vida da vítima antes mesmo de ser preso. Após um ano de sua morte, foi divulgado notas afirmando que havia uma disputa entre os meios de comunicação para fazer uma entrevista exclusiva com o assassino, demonstrando o descaso com a vítima, pondo-a nitidamente num beco sem saída cuja fora obrigada a ficar entre a linha tênue da valorização do homem.

Cabe lembrar que, também é papel do Judiciário na perpetuação desse sistema de violência e, ainda, como observa Wânia Pasinato Izumino, o poder legislativo tem se destacado como um reprodutor de desigualdades. Segundo estes estudos, pode-se concluir que os responsáveis por fazer justiça valorizam mais a “adequação do comportamento dos envolvidos aos modelos de comportamento socialmente elaborados, do que ao crime tal como enquadrado no Código Penal” (IZUMINO, 2004. p.30-31).

O feminicídio indica um padrão entre as vítimas no tocante a maioria dos países, indicando que as mulheres possuem um risco muito maior de serem mortas pelo parceiro íntimo do que os homens, e este risco aumenta quando existem desavenças entre o casal (CAMPBELL, 2007).

Na América Latina, com relação as pesquisas feitas por M. Prieto-Carrón, M. Thomson e M. Macdonald (2007), muitas mulheres assassinadas pertencem aos setores marginalizados da sociedade e, muito comumente são apresentadas pela mídia como prostitutas, operárias das fábricas e membros de gangues ou redes de narcotráfico.

Partindo-se de fatos como o ocorrido de Eloá, é possível entender como a mídia retrata assuntos acerca de feminicídio e a violência contra a mulher. O caso supracitado, foi avidamente acompanhado pela mídia durante vários dias e, principalmente, sofreu interferência dos meios de comunicação, sendo um reflexo de uma mídia que valoriza mais a repercussão da notícia e as relações morais, do que o respeito à legislação.

Conclui-se que a desigualdade de gênero é marcada por uma sociedade patriarcal e que inferioriza e submete a mulher a funções, muitas vezes, podendo gerar casos como a violência de

gênero. Portanto, é necessário tecer a diferenciação entre o femicídio e o feminicídio, no que se diz os seus contextos em que são cometidos esses crimes e a identificação das relações de poder que levam ao seu acontecimento.

4. O MAPEAMENTO DOS PARÂMETROS CONCEITUAIS DIFERENCIADORES

É de fundamental importância tratar acerca da diferenciação entre femicídio e feminicídio, uma vez que após sancionada a Lei, ficou ainda mais evidente as suas diferenças e houve um aumento crescente no número de registros aos crimes considerados como feminicídio. Diante disso, cabe ressaltar que isso se deve ao fato de que os crimes não estão sendo mais enquadrados como apenas homicídio, mas sim como feminicídio, o crime em razão do gênero. O feminicídio é o homicídio doloso praticado contra a mulher por sua condição de sexo feminino, enquanto o femicídio é praticar um homicídio contra uma mulher, ou seja, puramente um homicídio doloso.

O diálogo acerca desta violência não é recente, o termo feminicídio foi utilizado pela primeira vez em 1976 por Diana Russell para caracterizar o assassinato de mulheres pelo fato de serem mulheres. Posteriormente, com estudos e pesquisas realizadas, Marcela Lagarde foi responsável pela introdução do termo feminicídio no meio acadêmico e diferenciou os conceitos de femicídio e feminicídio.

Nesse sentido, esta importante diferenciação permite uma maior visibilidade à problemática e uma atenção aos crimes de violência de gênero, além de romper com o caráter naturalizado da violência. Para que esta diferenciação seja evidenciada, é necessário tecer algumas observações acerca das circunstâncias dos dois crimes e, também, sobre as penalidades.

4.1. Circunstâncias

O conceito de violência pode ser entendido como “ruptura de qualquer forma de integridade da vítima: integridade física, integridade psíquica, integridade sexual, integridade moral” (SAFFIOTI, 2004, p.17). Ao abordar a violência contra a mulher, trata-se da

questão em particularidade de como desenvolve-se e da sua integridade, principalmente no espaço familiar. “Os estudos sobre a violência de gênero derivaram de pesquisas sobre a mulher e da contribuição do movimento feminista, que introduziu na discussão o conceito de patriarcado” (RAMÃO; MENEGHEL; OLIVEIRA, 2005, p.79).

A dominação masculina vem denunciada como um “regime de dominação-exploração das mulheres pelos homens” (SAFFI-OTI, 2004, p.44), resultante das relações sociais entre homens e mulheres, na qual a figura masculina sente a necessidade de impor autoridade e uma atitude de dominação. Nesse contexto, os homens matam as mulheres pelo fato de serem mulheres com base nas desigualdades enraizadas em um sistema de dominação.

Diante disso, esse processo de reconhecimento e visibilidade da violência contra a mulher, representa uma conquista dos movimentos feministas e das mulheres, tornando esse tipo de violência um problema de ordem social e, além disso, permite visibilizar as circunstâncias no tocante a diferenciação entre femicídio e feminicídio.

Cabe ressaltar que antes da Lei n. 13.104 de 2015, ou Lei do Femicídio, ser sancionada, os crimes eram qualificados como femicídio, ou seja, o puro ato de apenas praticar homicídio contra mulher, não havendo, portanto, uma punição especial pelos crimes e sendo punido de forma genérica.

O feminicídio é o homicídio doloso praticado contra mulher por sua condição de sexo feminino, sendo cometido, na maioria das vezes, por motivações de ódio e desprezo avindas de uma cultura que subalternizam a condição feminina. De acordo com Marcela Lagarde (2006,

p. 221), o feminicídio é uma violência exercida por homens contra as mulheres, decorrente de desiguais posições, devido a supremacia social, sexual, jurídica, econômica, política, ideológica e de todo o tipo.

As mortes classificadas como feminicídio não são um fato isolado na vida das mulheres que são vítimas dessa violência, mas apresentam uma relação com as diversas formas de violência, ou seja, o feminicídio configura-se como um “ponto final” de uma contínua relação de violência. Segundo Jane Caputi e Diana Russel:

Femicídio está no ponto mais extremo [...] que inclui uma vasta gama de abusos verbais e físicos, tais como estupro, tortura, escravização sexual [...] heterossexualidade forçada, esterilização forçada, maternidade forçada (ao criminalizar a contracepção e o aborto), psicocirurgia, privação de comida para mulheres em algumas culturas, cirurgias cosméticas e outras mutilações em nome do embelezamento. Onde quer que estas formas de terrorismo resultem em mortes, elas se tornam femicídios (RUSSEL; CAPUTTI, 1992, p. 2).

Um dos fatores determinantes responsáveis pelo assassinato de uma mulher, segundo Blay (2008), é a desigualdade de gênero que permeia as relações sociais estabelecidas entre homens e mulheres. Essa situação é potencialmente geradora de conflitos, já que os homens, muitas vezes, reagem de modo agressivo e podendo aumentar o número de casos de violência entre os gêneros. A religião é outro fator relevante encontrado em estudos sobre o feminicídio na qual, de forma geral, reforçam o modelo de família e sustentam a visão patriarcal em que as mulheres devem se submeter à autoridade dos maridos (PASINATO, 2011).

Portanto, a partir do exposto emerge a necessidade, diante dos parâmetros percebidos, de uma elaboração da diferenciação entre os crimes supracitados no tocante as penalidades.

4.2. Penalidades

No tocante à diferenciação entre o femicídio e o feminicídio, as diferentes penalidades dos crimes citados é um dos parâmetros que podem ser percebidos, sendo o crime de feminicídio a forma mais ampla de violência contra a mulher e o femicídio apenas o homicídio doloso contra uma mulher, sendo penalizado de forma genérica.

Por muito tempo os casos de feminicídios foram ocultados e classificados como sendo apenas femicídio, por ser algo aceito e normalizado para a sociedade vigente. Desta forma, o feminicídio está relacionado ao crime de ódio contra as mulheres, justificado pela história de impunidade e indiferença da dominação da mulher pelo homem. Sendo assim, Pasinato estabelece que “o feminicídio é descrito como um crime cometido por homens contra mulheres, seja individualmente seja em grupos. Possui características misóginas, de repulsa contra as mulheres” (PASINATO, 2011, p. 230).

O crime de feminicídio está previsto na legislação legal desde 2015, ou seja, desde que

o Brasil sancionou a Lei 13.104/2015, mais conhecida como Lei do Feminicídio. Este alterou

o art. 121 do Código Penal, a partir do Decreto-Lei n. 2.848/1940, e desde então prevê o feminicídio como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio. Assim, aplicando como uma qualificadora, a pena tende a aumentar deste crime, a pena mínima de 6 para 12 anos e a máxima, de 20 para 30.

O principal ganho com a Lei do Feminicídio foi, além da punição mais grave para os que cometerem o crime contra a vida, foi tirar a problemática da invisibilidade, e a sua tipificação dá uma oportunidade para dimensionar a violência sofrida pelas mulheres no País, principalmente quando chega em um nível extremo como o assassinato, permitindo-se assim o aprimoramento das políticas públicas para preveni-la.

Segundo, a Revista de Saúde Pública, nas últimas décadas o índice de homicídios aumentou bastante no Brasil e o número de mulheres que foram por seus companheiros gira em torno de um total de 10% de mortalidade por agressão. No entanto, pouco é relacionado o feminicídio a este crime, mesmo tendo um terço de suas mortes ocorridas em domicílio e sendo pela condição de gênero.

Portanto, diante do exposto, é importante, além disso, tecer considerações gerais acerca da visão do tema e da diferenciação entre o femicídio e feminicídio, visando políticas públicas e uma maior discussão sobre o tema.

5. CONCLUSÃO

Diante do exposto, é de suma importância evidenciar as razões que levam ao crime de feminicídio no tocante a diferenciação entre femicídio e feminicídio, sendo possível com a utilização de dados que evidenciem as razões que levam o crime de feminicídio, assim como conhecer a sua dimensão.

A violência de gênero é um mecanismo cujo mantém as mulheres em desvantagem e desigualdade no mundo e nas relações combos homens, impossibilitando o acesso de recursos e oport-

tunidades. Assim sendo, não pode se ignorar a grande quantidade de homicídios de mulheres ocorridos em espaços domésticos e familiar, sendo cometido por seus parceiros íntimos ou conhecidos.

Na medida do que foi o exposto, conclui-se que os parâmetros para a diferenciação entre os crimes de femicídio e feminicídio são expressos a partir das suas circunstâncias e as penalidades, visto que o feminicídio vem como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, permitindo uma maior penalidade nos casos de violência por razão de gênero e tem relação com a modelo patriarcal e a ideia de submissão que a mulher vem sofrendo ao longo dos anos, sendo refletida pela sociedade, enquanto o femicídio é puramente o homicídio doloso, sendo penalizado de modo genérico, assim como as suas circunstâncias.

É necessário questionar as estruturas sociais e políticas que ainda aceitam e reproduzem uma sociedade patriarcal e essa violência, baseados na desigualdade e na diferença. Além disso, tratar sobre essa violência e da diferenciação para a contribuição do assunto no espaço coletivo e impor a ocorrência de mudanças estruturais na nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

- ARENDRT, H. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- BANDEIRA, L.; MELO, H. P. *Tempos e Memórias do Feminismo no Brasil*. Brasília: Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2010.
- BEAUVOIR, S. *Le Deuxième Sexe*. Gallimard, Paris, 1949, vol.II, p.185.
- BLAY, E. A. *Assassinato de mulheres e direitos humanos*. São Paulo: Editora 34, 2008.
- BRASIL. *Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Relatório final*. Brasília: Senado Federal, 2013
- BUTCHART, A.; MIKTON, C. *Global status report on violence prevention*, 2014. Geneva, Switzerland: World Health Organization, 2014.
- CAMPBELL JC, GLASS N, SHARPS PW, LAUGHON K, BLOOM T. *Intimate partner homicide: review and implications of research and policy*. *Trauma Violence Abuse*. 2007;8(3):246-69. DOI:10.1177/1524838007303505

- CAMPOS, Carmen H.; CARVALHO, Salo. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011.
- CAPUTI, Jane; RUSSEL, Diana E. H. *Femicide: sexist terrorism against women*. In: *Femicídio: la política de matar mujeres*. Nueva York: Twayne, 1992.
- CASTELLES, Carme (Org.). *Perspectivas feministas en teoría política*. Barcelona: Paidós, 1996.
- CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. *Violência Doméstica: análise da lei "Maria da Penha"*, nº 11.340/06. Salvador, BA: Edições PODIVM, 2007.
- COSTA, Ana Alice Alcantara. *O Movimento Feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política*. *Gênero*, Niterói, v.5, n.2, p.9-35, 2005. Disponível em: <<http://www.ieg.ufsc.br/admin/downloads/artigos/01112009-115122costa.pdf>>. Acesso em: 28 maio. 2019.
- COSTA PINHEIRO, Ana Alice. *Avances y definiciones del movimiento feminista em Brasil. Dissertação (Mestrado em Sociologia)* -Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México, 1981.
- CHAUÍ, Marilena. "Participando do Debate sobre Mulher e Violência". In: Franchetto, Bruna, Cavalcanti, Maria Laura V. C. e Heilborn, Maria Luiza (org.). *Perspectivas Antropológicas da Mulher 4*, São Paulo, Zahar Editores, 1985.
- DRUMONT, M. P. *Elementos para uma análise do machismo*. 3. ed. Perspectivas: São Paulo, 1980.
- FARAH, Maria F. S. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, 12 (1): 360, janeiro- abril/2004
- FERNANDES, Valéria Diez Scarance. *Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Femicídio)*. São Paulo: Atlas, 2015.
- HERMANN, L. M. *Maria da Penha Lei com Nome de Mulher: Violência doméstica e familiar, considerações à lei nº 11.340/2006 comentada artigo por artigo*. Campinas: Servanda, 2008
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH). *Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos*, 2006. Disponível em:<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/77421/1/WHO_RHR_12.38_eng.pdf> Acesso em: 3 de Junho de 2019.

- INSTITUTO MARIA DA PENHA, IMP. *Quem é Maria da Penha*. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/quem-e-maria-da-penha.html>>. Acesso em: 3 de Junho. 2019.
- IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça e violência contra a mulher: o papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero*. 2ed. São Paulo: Annablume: FAPESP, 2004. p.30-31
- LAGARDE, M. *Por los derechos humanos de las mujeres: la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia*. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, v. XLIX, n. 200, p. 143-165, maio-ago, 2007.
- . *Del femicidio al feminicidio*. Desde el jardín de Freud. Bogotá, 2006.
- MELLO, Adriana Ramos de. *Feminicídio: uma análise sociojurídica da violência contra a mulher no Brasil*. 2. ed., Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 145.
- MENEGHEL, S. N. et al. *Feminicídios: estudo em capitais e municípios brasileiros de grande porte populacional*. Ciência Saúde Col, v. 22, n. 9, p. 2963–2970, 2017.
- MIGUEL, Luis Felipe e BIROLI, Flávia. *Caleidoscópio convexo. Mulheres, política e mídia*. São Paulo: Editora UNESP, 2011.
- MINAYO, M.C.S. *A violência social sob a perspectiva da saúde pública*. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 1994, 10 (supl. 1): 07-18.
- PATEMAN, Carole. *Críticas feministas a la dicotomia público/privado*. In: PASINATO, W. *Femicídios e mortes de mulheres no Brasil*. Cadernos Pagu, v. 37, 2011.
- PESQUISA IBOPE-INSTITUTO AVON. *Percepções e reações da sociedade sobre a violência contra a mulher*. 2009. p.8-10.
- Prieto-Carrón M, Thomson M, Macdonald M. No more killings! Women respond to femicides in Central America. *Gender Dev.* 2007;15(1):25-40.
- PINTASSILGO, Maria de Lourdes. 1981. In: *Feminismo e Discurso do Gênero na Psicologia Social*. NOGUEIRA, Conceição. Psicologia & Sociedade. São Paulo: Associação Brasileira de Psicologia Social – ABRAPSO. Vol. 13, n. 01, Jan/jun 2001.
- PIOVESAN, F.; PIMENTEL, S. *A Lei Maria da Penha na perspectiva da responsabilidade internacional no Brasil*. In: CAMPOS, (C.H. de Org). *Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 101-117, 2011.

POLYANTHEIA, comemorativa da inauguração das aulas para o sexo feminino do Imperial Lycêo de Artes e Offícios. Rio de Janeiro, 1881

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, Patriarcado, Violência*. São Paulo, Editora Fundação Perseu Abramo, 2004, p. 79-80.

VALDÈS, Teresa. *De lo social a lo político. La acción de las mujeres latino-americanas*. Santiago: Lom Ed., 2000.

SARTI, Cynthia A. *O início do feminismo sob a ditadura no Brasil: o que ficou escondido. XXI Congresso Internacional da LASA (Latin American Studies Association)*, The Palmer House Hilton Hotel, Chicago, Illinois, p. 12, set. 1998. Disponível em:

<<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lasa98/Sarti.pdf>>. Acesso em: 3 de Junho de 2019.

. *O feminismo brasileiro desde os O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória*. Revista Estudos Feministas - Estudos Feministas, Florianópolis, 12(2): 35-50, maio-agosto/2004

RADFORD, Jill; RUSSEL, Diana E. H. *Femicídio: la política de matar mujeres*. Nueva York: Twayne, 1992.

SANTOS, F. L.; CORDEIRO, R. C. *Homicídios na população masculina da Região Metropolitana de São Paulo-Brasil*. Rev Baiana Enferm, v. 31, n. 4, art. e20263, 2017.

SILVA, C. D. et al. *Epidemiologia da violência contra a mulher: características do agressor e do ato violento*. Rev Enferm UFPE, v. 7, n. 1, p. 8-14, 2013.

SAFIOTTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado e violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero*. Cad. Pagu, n. 16. Campinas, 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332001000100007&lang=pt>. Acesso em: 4 de Junho. 2019.

RAMÃO, S. R.; MENEGHEL, S. N.; OLIVEIRA, C. *Nos caminhos de Iansã: Cartografando a subjetividade de mulheres em situação de violência de gênero*. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Psicologia & Sociedade; 17 (2): 79 – 87; mai/ago, 2005

WAILSELFISZ JJ. *O mapa da violência 2015*. Homicídios de mulheres no Brasil Rio de Janeiro: CEBELA, FLACSO; 2015.

Capítulo III

A desigualdade de gênero e o
tratamento criminológico sexual
imputado à Lei Penal brasileira:
um panorama ressignificado
sob a ótica do feminismo

Catarina Correia Queiroz

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.

A desigualdade de gênero e o tratamento criminológico sexual imputado à Lei Penal brasileira: um paranorama ressignificado sob a ótica do feminismo

RESUMO: A mola propulsora desta investigação científica é adentrar no estudo da lei penal abstrata e o tratamento sexual dispensado às mulheres, buscando entender as consequências da desigualdade de gênero na construção das narrativas legislativas, sobretudo no que tocam os crimes sexuais. Assim, o problema está em saber há determinismo biológico orientando a lei penal, anulando a liberdade sexual como bem jurídico a ser protegido. Para chegar a tal nível de construção teórica, pretende-se, a partir de análise histórica e espacial, distinguir os tratamentos penais em função das figuras sociais a quem eles são destinados. Em consequência, o intuito principal deste estudo é defender a construção de um novo referencial epistemológico, de modo a considerar o feminismo como instrumento emancipatório, aglutinando as diversas epistemologias com o objetivo de salvar vidas humanas.

Palavras-chave: crimes sexuais; lei penal abstrata; epistemologia feminista.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 A CULTURA SEXISTA E SUAS NUANCES 2.1 O DETERMINISMO BIOLÓGICO COMO VETOR DA LEI PENAL 2.2 A FALSA PROTEÇÃO DA LIBERDADE SEXUAL SUPRIMINDO DIREITOS FEMININOS 2.3 OS DISTINTOS TRATAMENTOS PENAIS ÀS DISTINTAS FIGURAS SOCIAIS 3 O FEMINISMO COMO INSTRUMENTO EMANCIPATÓRIO 3.1 OS PRIMEIROS REFLEXOS DO MOVIMENTO NO BRASIL 3.2 A IMPORTÂNCIA DOS NOVOS OLHARES PARA A CONSTRUÇÃO LEGISLATIVA: A BUSCA POR UM “REFERENCIAL CRIMINOLÓGICO FEMINISTA AUTÔNOMO” 3.3 NAS VEIAS ABERTAS DA AMÉRICA LATINA: EPISTEMOLOGIAS ALIADAS PARA SALVAR VIDAS HUMANAS 4 A AGLUTINAÇÃO DE SABERES: UMA FERRAMENTA PARA TRANSFORMAR 4.1 AS ACANHADAS MUDANÇAS FORMAIS DA LEI PENAL 4.2 A NECESSIDADE DE RESSIGNIFICAR SABERES ENVIESADOS 4.3 NEGAÇÃO AO EPISTEMICÍDIO 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Entende-se o conceito de sexismo como qualquer forma de discriminação baseada no gênero ou sexo de alguém. Neste contexto, o presente estudo se inicia observando a ocorrência, no âmbito da narrativa penal, do corpo feminino tratado como propriedade masculina, tendo em vista a histórica falta de protagonização feminina nas casas legislativas, as quais regulamentam as condutas praticadas à corpos humanos. Desde os primeiros códigos penais em vigor, a lei penal abstrata mostrou-se construída, aplicada e interpretada sob o comando masculino.

Tendo em vista que atingir o patamar de atuar na esfera pública sempre foi privilégio do homem, investiga-se se foi negado durante muito tempo, às mulheres, o direito de versar sobre seus próprios direitos. Estuda-se, assim, qual é o grau de supressão à autonomia feminina sobre o seu próprio corpo, sobretudo quando a matéria tangencia crimes sexuais e direitos de reprodução, já que o Estado, ao versar sobre o comportamento feminino, realiza tal controle sexual.

Observando o fato de que os homens integravam e ainda integram a totalidade da clientela penal brasileira, indaga-se se há uma obediência à determinado fenótipo já que, num outro giro, as mulheres eram e ainda são, na maioria das vezes, as vítimas. Busca-se esclarecer, contudo, que nem toda a pluralidade de mulheres são protegidas pelo sistema, uma vez que este revela uma

atuação seletiva caso a ofendida não cumpra os requisitos sociais para ser “merecedora” de tutela penal.

Ademais, a problemática torna-se desafiadora na medida em que a construção legislativa brasileira não consegue se dar de maneira igualitária, tendo em vista a permanência de um poder legislativo historicamente desigual, sendo composto, em sua maioria, por homens brancos. A partir de tal perspectiva, a pesquisa procura entender, em seguida, o protagonismo do Feminismo no que toca a mudança epistemológica do quadro legislativo.

No que tange a uma perspectiva macrosocial, compreender as estruturas de dominação é essencial para buscar a maior emancipação de todos e todas, sendo necessário o questionamento sobre como se deu a modificação da legislação penal ao longo do tempo no que toca a criminalização primária de homens e mulheres, além da diferenciada tutela dos bens jurídicos. Demais disso, apura-se de que modo as mudanças atingem as mulheres e quem são as mulheres atingidas, contrastando, neste bojo, com o perfil da mulher criminalizada.

Neste sentido, analisar a existência de desigualdade de gênero e as demais nuances do sexismo no âmbito da lei penal é importante para coibir conceitos pré definidos de papéis sociais, os quais a lei reproduz de forma expressa. Uma vez que o próprio sistema penal se pauta em filosofias discriminatórias de gênero, há notória perspectiva de submissão e/ou desigualdade da mulher frente ao homem. Assim, é essencial pesquisar e identificar os objetivos não declarados do Direito Penal.

Para além disso, a relevância do tema em questão reside em criticar as diferenças de tratamento entre pessoas humanas. Haja vista a desigualdade de poder entre os diversos grupos sociais, as mulheres tornaram-se vulneráveis na medida em que sofrem diversos tipos de violência, não só física, mas também psicológica. Mister, para tanto, destrinchar o fenômeno feminista como instrumento emancipatório.

Tratando-se de procedimentos técnicos, no que consiste investigar as reproduções sexistas no âmbito da lei da penal, torna-se imprescindível o uso da pesquisa documental. É preciso que o estudo seja realizado de modo a analisar o arcabouço jurídico

brasileiro e suas nuances. Para isso, tornou-se essencial, também, a pesquisa bibliográfica.

Observa-se ainda, antes das conclusões, a atuação do Estado, uma vez que este se utiliza da ficção jurídica a que o direito se propõe, deve criar e interpretar o ordenamento de maneira a proporcionar efetivas mudanças sociais. Com isso, ele não será mais um dos reprodutores dos papéis construídos e pré concebidos pela sociedade.

Quanto à abordagem do problema, a pesquisa se dará de maneira qualitativa, tendo em vista o exame, a interpretação e a assimilação do objeto em questionamento. Deste modo, o apuramento do fenômeno ensejará interpretações a serem defendidas com o decorrer da análise das mudanças legislativas, ainda que essas sejam tímidas.

Ademais, em relação aos elementos utilizados para construir a pesquisa científica, o tempo dos dados coletados serão de extrema importância para compreender o prosseguimento do tema: ao comparar as legislações penais brasileiras, buscou-se tornar possível a compreensão das alterações se dando em detrimento de determinados contextos.

Por fim, consagra-se entendimento no sentido de que o giro epistemológico mostra-se fundamental às mudanças que trazem autonomia à mulher. Aglutinar conhecimento, desta forma, possibilita novos olhares dados ao modo com que se constrói e entende a narrativa penal, assegurando, portanto, a real representação de todas e todos na esfera pública democrática.

2. A CULTURA SEXISTA E SUAS NUANCES

2.1. O determinismo biológico como vetor da Lei Penal

ao analisar o curso da legislação penal brasileira ao longo da história, é possível identificar, em sua literatura, diversas passagens permeadas pela cultura sexista, a qual impõe papéis determinados para homens e mulheres. Para entender tais diferenças sexuais, o determinismo biológico foi fundamental para sustentar a ordem androcêntrica do mundo, criando fundamentos para tornar homens e mulheres seres essencialmente diferentes, de ma-

neira que isso tenha se repercutido nos diversos âmbitos da existência humana (BUENO, 2011, p.13).

Baseando-se a partir de uma perspectiva dualista, o qual segregava homens e mulheres, o discurso científico traz e reforça a dominação masculina da sociedade, fazendo com que a mulher seja inferiorizada se comparada ao homem. Auxiliando tal paradigma, elementos subjetivos como razão e emoção são contrapostos e mudam em função do gênero, assim como a própria perspectiva da objetividade e subjetividade, do universal sobre o particular e, sobretudo, do público sobre o privado (BUENO, 2011, p. 14).

Partindo do pressuposto que a esfera pública se dá a partir de uma concepção masculina, o Direito Penal é construído de maneira desigual, isolando múltiplas facetas da sociedade (FRASER, 2001, p. 131).

A crítica feita a partir da teoria habermasiana de esfera pública dá a noção desta perspectiva de poder como sendo um “recurso conceitual para designar um cenário nas sociedades modernas no qual a participação política se realiza por meio do diálogo” (FRASER, 2001, p. 132). Assim, a ideia de esfera pública é, de fato, basilar para as prerrogativas democráticas, além fazer nascer teorias sociais críticas.

Considerando a exclusão de determinados estratos sociais do processo legislativo, a crítica de autoras feministas mostraram-se essenciais para, atualmente, construir um ordenamento jurídico mais democrático. Neste nexos, Nancy Fraser (2001, p. 131) afirma que a esfera pública oficial foi estruturada, desde sempre, por “exclusiones significativas”.

Uma vez que as mulheres não puderam ter atuação significativa na esfera pública, consagrou-se uma cultura discriminatória na criação de normas penais, tratando a mulher como “propriedade e objeto do homem” (SANTOS; RIBEIRO; CASTRO, 2013, p. 85). Ademais, ao tratar da questão sexual, sobretudo no que tangencia os crimes sexuais, o posicionamento feminino não levado em conta pela narrativa penal.

Ao examinar a legislação brasileira sob uma perspectiva sociológica, pode-se identificar que vigeu, até os tempos hodiernos,

uma literatura jurídica com um marcante perfil paternalista. Ao tipificar o crime de estupro, por exemplo, caso a vítima se casasse, cumprindo o papel social a ela conferido, o agressor teria sua conduta como isenta de punição por força do artigo art. 107, VIII, do Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal).

Implementado pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, o *caput* do supracitado artigo prevê hipóteses de extinção de punibilidade. Destaca-se o inciso em comento:

Art. 107º, VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração;

O diploma normativo acima foi revogado somente em 2005 pela Lei 11.106/05, a qual findou, inclusive, a classificação do estupro como crime bipróprio (somente é sujeito passivo pessoa determinada – *in casu*, a pessoa mulher).

Para serem típicas, determinadas ações devem corresponder com as condutas criminosas definidas em lei, necessitando observância de todos os requisitos previstos em abstrato. Neste bojo, o crime de posse sexual também trazia, antes de sua mudança em 2009 por meio da Lei 12.015, apenas a figura feminina como sujeito passivo possível. Num giro ainda mais gravoso, qualificava a vítima como “mulher honesta”- possuindo *nomem criminis* “posse sexual mediante fraude”, o já revogado art. 215 do Código Penal de 1940 tipificava a seguinte conduta masculina:

Art. 215º, caput - Ter conjunção carnal com mulher honesta, mediante fraude:

Pena – reclusão, de um a três anos.

Assim, tal artigo garantia a proteção da mulher, desde que este crime tivesse sido cometido mediante violência, fraude, e tenha sido contra “mulher honesta”. Se a mulher vitimada não reproduzia os padrões de comportamento referentes à “mulher honesta”, não há crime e esta mulher não será merecedora de proteção da lei (MUJALI; FERREIRA, 2012, p. 3).

Cumpra esclarecer, desta forma, que o conceito de mulher era carregado de marcante valor simbólico, cujo sentido traz uma condição de inferioridade e assimetria nas relações entre homens e mulheres, sendo, nessa égide, amplamente reforçado pela norma penal (MUJALI; FERREIRA, 2012, p. 3).

Embora a expressão “mulher honesta” tenha sido substituída por “alguém”, perdurou durante um grande lapso temporal o preceito de que só haveria em crime se a mulher em questão fosse “honestas”. Observa-se, em verdade, a utilização do termo desde as Ordenações Filipinas (BARBOSA, 2016, p. 2). Sendo somente revogado em 2009, é possível inferir a tradição sexista da lei brasileira como ainda muito viva.

2.2. A falsa proteção da liberdade sexual suprimindo direitos femininos

É importante salientar, também, a supressão de direitos sexuais femininos em decorrência da histórica desigualdade de gênero. Ao controlar a sexualidade feminina, a narrativa penal auxilia na perpetuação da cultura paternalista, haja vista que tal controle sexual desperta marcantes discriminações. Historicamente, o exercício da sexualidade pela mulher foi condicionado a existir somente com o objetivo de reproduzir (SILVA, p. 12, 2011).

O controle social se dá, principalmente, pela regulação moral da sexualidade feminina. Assim, a literatura penal limita a liberdade sexual feminina, tendo em vista que a “violência contra a mulher não é aleatória ou definida apenas por circunstâncias específicas”, mas é utilizada como ferramenta para penitenciar a mulher que transpasse os padrões de comportamento para ela fixados. Conforme este raciocínio, a lei penal atua como instrumento de manutenção da lógica patriarcal (ALVES, 2015, p. 11).

Nessa esteira, dignidade sexual mostra-se como conceito amplamente subjetivo, o que pode ser negativo no que toca o delinquecimento para fins interpretativos. Deste modo, incrimina-se condutas sexuais tidas por “imorais”, trazendo à ideia de dignidade sexual a um afastamento para com a ideia de liberdade sexual, “o que abre espaço para que concepções moralistas se utilizem do conceito de dignidade sexual”, (LIMA, p. 01, 2018).

Embora a reforma ocorrida em 2009 na parte de crimes sexuais tenha sido tardia, ela trouxe inovações ao texto legislativo. Observou-se o abandono de expressões moralistas e discriminatórias por parte do legislador, a exemplo de “mulher honesta”. Entretanto, critica-se a troca de “crime contra os costumes” pela expressão “dignidade sexual”, afinal, o que se pretende tutelar, em verdade, é a liberdade sexual (LIMA, p. 01, 2018).

Deste modo, a autodeterminação sexual deve ser enxergada enquanto bem jurídico precípuo no que toca os crimes sexuais. Contudo, ainda que muitos autores façam referência à autodeterminação sexual como bem jurídico tutelado, sua maioria termina se afastando dessa premissa, de modo a associa-la a outros bens jurídicos, “definindo-a em termos demasiados distantes do conceito de liberdade” (LEITE, 2012, p.4).

Assim, “a lesão da autodeterminação sexual (ou da liberdade sexual) assume diversas manifestações e intensidades, consoante as circunstâncias e a capacidade de reação do titular do bem jurídico” (LEITE, 2012, p. 9). Não se pode prescindir, neste contexto, da fala feminina para regular o seu próprio corpo.

2.3. Os distintos tratamentos penais às distintas figuras sociais

a formação da narrativa penal é permeada por construções culturais especificamente dadas desde os primeiros pensadores da Criminologia. Embora seja verdade que o papel de vítima nos crimes seja, em sua maioria, vivido pela figura feminina, há outra parcela de mulheres que são utilizadas amplamente como clientela para o sistema penal, sendo, portanto, desprotegidas por este mesmo sistema.

É preciso compreender o discurso como uma construção social, de maneira a observar que ele faz parte de um jogo de saber-poder, além de constituir verdades que podem ser modificadas com o tempo ou permanecerem enquanto paradigmas consagrados (WIT; BORGES, 2017, p. 1). Neste sentido, é coerente historicizá-lo e entendê-lo dentro do contexto histórico. Assim, o discurso médico-legal da obra de Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero, criminalistas do século XIX, ainda se faz presente, embora uma nova roupagem (WIT; BORGES, 2017, p. 2).

Vale salientar, neste sentido, o autor Cesare Lombroso como grande nome da Criminologia etiológica, que desenvolve a Teoria do Criminoso Nato em sua obra “O Homem Delinquente”, escrita em 1876. Inaugura, então, a criminologia etiológica, tradicional ou biológica, que relaciona o crime à essência e estuda o crime por um viés mais metódico, dando a esse estudo, pela primeira vez, um caráter cientificista, com forte influência do período do Positivismo (WIT; BORGES, 2017, p. 2).

Assim, segundo a obra “O Homem Delinquente”, pode-se diferenciar criminosos natos e ocasionais. Os que cometem crime por ocasião não são, em essência, criminosos, mas a circunstância fática os fazem cometer crime. Por outro lado, o criminoso nato nasce delinquente, ele é atávico, “padece de atavismo” (LOMBROSO, 2010, p. 10).

Segundo a teoria, essa característica de “ser criminoso” pode ser identificada por meio da análise de traços fenotípicos, a exemplo das tatuagens, as quais eram vistas como perversão, já que o portador tinha amor à dor da feitura da tatuagem. Vale ressaltar, nesse sentido, um inteiro capítulo do seu livro parar versar sobre tatuagens, investigando as causas de tal fenômeno e elencando como causa, para isso, a “religião, a imitação, o espírito de vingança, a ociosidade, a vaidade, o espírito gregário, a paixão, a pichação, as paixões eróticas e o atavismo” (LOMBROSO, 2010, p. 16).

No capítulo seguinte, Lombroso trata das “sensibilidades gerais”. Em onze subcapítulos, o autor discorre sobre características como o canhotismo e a chamada “dinamometria”, sendo definida como uma forma de “medir a força do corpo humano”. Por meio dessa pesquisa empírica em prisões, o médico classificava os presos com base em suas características físicas (LOMBROSO, 2010, p. 51).

Concluindo sua teoria a partir de perfis fenotípicos, o autor não deixou de classificar as mulheres. Embora não seja uma obra tão estudada no Brasil, “A mulher delinquente, a prostituta e a mulher normal”, de 1893, é emblemática ao perpetuar saberes. Assim os autores trazem a mulher como uma figura inferior ao homem: elas são menos capazes intelectualmente, “sentem mais dor, são mais cruéis (contudo mais fracas, então não conseguem

agir perante aos seus instintos cruéis), mais vingativas e invejosas” (WIT; BORGES, 2017, p. 2).

Cumpre salientar, neste sentido, que a maternidade é construída como uma característica inerente à mulher. Deste modo, gerar ou não filhos eram de suma importância para entender a figura da mulher normal, a criminosa e a prostituta. É possível observar, assim, que negar a maternidade era visto como um desvio de padrão de comportamento, já que transgredindo ao padrão dado socialmente, geravam um sentimento de espanto, repulsa e ódio (WIT; BORGES, 2017, p. 2).

No entendimento dos autores, as mulheres com comportamentos desviantes eram passíveis de divisão em duas classificações, sendo prostitutas e criminosas, sendo a primeira considerada como “a forma feminina do crime, possuindo características muito similares ao homem criminoso – desejo sexual, alcoolismo, e outras. Essas indivíduos normalmente não cometem delitos, ou quando o fazem são mais brandos” (WIT; BORGES, 2017, p. 2). Por serem assim, as prostitutas não eram vistas como um risco ao todo social.

Enquanto isso, a chamada mulher delinquente é uma classe peculiar e elas são “extremamente anormais e degeneradas” (WIT; BORGES, 2017, p. 2). Elas possuíam traços masculinos, sendo mais hostis que os homens criminosos. Os autores acreditavam que essas mulheres possuíam várias características diferenciadas, “práticas sexuais exacerbadas, traços degenerativos, a rejeição a maternidade e as normas sociais” (WIT; BORGES, 2017, p. 2).

É possível observar que no século XIX não se verifica uma separação do corpo feminino em relação às condutas praticadas por este mesmo corpo. Assim, criou-se um estudo voltado ao modo de viver feminino, entendendo como próprias “suas características e suas práticas sexuais” (FOUCAULT, p, 37, 2008).

Neste sentido, o século XIX acentua a racionalidade harmoniosa dessa divisão sexual, de maneira que cada homem e mulher teria uma função específica no convívio fático, havendo um determinismo em “seus papéis, suas tarefas e espaços”, amalgamando, então, lugares previamente determinados (PERROT, 1998, p. 178). Assim, as ideias lombrosianas estão exatamente nesta esfera de verificação da figura feminina.

A criminalização das mulheres é, deste modo, um “processo historicamente construído sobre as bases do exercício do poder político e econômico de um Estado e de um Direito fundados em bases patriarcais e machistas” (NETTO; BORGES, 2013, p.). Quanto maior a vulnerabilidade do grupo, mais intensa será a coerção voltada a este estrato.

Nesse caminho, “as mulheres encontram-se, sem dúvidas, na posição de maior vulnerabilidade no sistema coercitivo penal brasileiro”, com tal vulnerabilidade podendo ser comprovada se feita uma análise “concomitante de gênero, raça e classe social dos grupos criminalizados no Brasil” (NETTO; BORGES, 2013, p. 6).

As penas imputadas às mulheres faziam com que estas recuperassem sua honra (ESPINOZA, 2004, p. 17). Não é à toa, neste contexto, que as primeiras prisões femininas tenham sido localizadas em conventos, de forma a isolar essas mulheres como forma de punição, com essas presas recebendo orientação religiosa de freiras.

Demais disso, as mulheres, no âmbito penal, são punidas caso incorram no não exercício do papel social feminino, anteriormente definido pela ordem patriarcal de gênero. Ou seja, “a mulher que foge do padrão de normalidade entendido como o da reprodutora, da mãe ou esposa” (NETTO; BORGES, 2013, p. 321).

3. O FEMINISMO COMO INSTRUMENTO EMANCIPATÓRIO

3.1. Os primeiros reflexos do movimento no Brasil

O movimento feminista brasileiro, desde a década de 70, vem travando lutas a fim da obtenção de reformas políticas e jurídicas para versar sobre violência doméstica. Neste período, “várias estratégias foram utilizadas pelas feministas e vários avanços na esfera da justiça criminal foram alcançados com o estabelecimento de políticas públicas específicas” (CAMPOS; CARVALHO, 2010, p. 143).

É perceptível que a Lei Maria da Penha é um marco da consolidação das lutas do movimento feminista no Brasil. Com a Lei 11.340/06, as demandas do movimento feminista são inseridas no centro das políticas públicas brasileiras, além de impulsionar as reformas legislativas ocorridas em momentos posteriores, a exemplo da Lei 12.015 de 2009, cujo texto trouxe o novo título

de “Crimes contra a dignidade sexual” em detrimento de “Crimes contra os costumes”.

Relacionando criminologia feminista e criminologia crítica, é possível perceber que ambas as perspectivas criminológicas se perfizeram, em essência, enquanto “discursos de denúncia e se consolidam posteriormente como perspectivas político-criminais” (CAMPOS; CARVALHO, 2010, p. 151).

Tratando-se de epistemologia, essas criminologias conjuntas trazem conhecimentos extras a fim de desfazer a chamada “racionalidade etiológica” que dá lastro à criminologia ortodoxa e, além de alargar a percepção investigativa (objeto), enriquece as formas de abordagem (método) da temática. Com este escopo, as construções dos saberes críticos e feministas foram marcantes ao permear o pensamento criminológico (CAMPOS; CARVALHO, 2010, p. 153).

A percepção de Elena Larrauri fortifica tal inteligência (1996, p. 13-26), haja vista que esta fala numa “dupla violência punitiva contra as mulheres”, considerando que as figuras femininas podem estar figurando como acusadas da violência ou como vítimas, resultando, deste modo, nos diversos modos incidência do controle penal punitivo. Assim, as consequências podem ser observadas desde a “elaboração das normas penais pelo Legislativo até a aplicação do direito pelos Tribunais, incluindo, ainda, a execução das penas pelo Executivo”, (LARRAURI, 1996, p. 13-26).

A mudança do paradigma vem justamente quando o foco se torna o processo de criminalização e não a conduta em si. Percebe-se, nesta via, a grande problemática em torno da criminologia positivista como sendo o fato de que tal corrente buscou criminalizar a miséria, sendo uma “Criminologia da miséria” (CASTRO, 1983, p. 75). Partindo desse pressuposto, é notório que o processo de criminalização deve ser estudado de maneira crítica, investigando as diversas facetas envolvidas no mundo fático.

3.2. A importância dos novos olhares para a construção legislativa: a busca por um “referencial criminológico feminista autônomo”

Sobre a condição de ser mulher, tanto como vítima ou como autora de crime, a grande parte dos trabalhos encontrados em solo

brasileiro estão pautados em “paradigmas criminológicos conformadores de categorias totalizantes”. Neste nexos, tais paradigmas se aproximam em nada ou muito pouco do que já produziu a teoria feminista (MENDES, 2012, p. 8).

Assim, é cediço que o “discurso competente é aquele que pode ser proferido, ouvido e aceito como verdadeiro ou autorizado.” Dessa maneira, certas circunstâncias de construção de conteúdo já foram predeterminadas para que seja permitido falar e ouvir, nas quais a forma e diretriz já foram autorizadas segundo os cânones de sua própria competência (CHAUÍ, 2007, p. 19).

A criminologia surgiu a partir de um “discurso de homens, para homens, sobre as mulheres”. Com passar do tempo, observou-se sua transformação num “discurso de homens, para homens e sobre homens, afinal, já não mais havia interesse, para alguns, em “estudar as mulheres ou, politicamente relevante, para outros, considerar as experiências destas enquanto categoria sociológica e filosófica”. Assim, a mulher, no âmbito do discurso criminológico hodierno, é pautada não como um sujeito, mas como uma variável (MENDES, 2012, p. 186).

Neste sentido, englobar o ponto de vista e a pesquisa feminista significa um “giro epistemológico”, o qual requer entender a verdadeira vida fática das mulheres em qualquer posição que elas ocupem: acusada, vítima ou condenada, dentro ou fora do sistema de justiça criminal, sendo este o objetivo precípua da criminologia feminista. Assim, ela não deve ser tratada como “um novo ingrediente” nos moldes do que já foi dado por outras criminologias (MENDES, 2012, p. 188).

Portanto, na mesma linha de pensamento de Lola Aniyar de Castro (2010, p. 70) em sua crítica à teoria crítica marxista, é um equívoco reduzir “a opressão às condições materiais de vida, ao funcionamento das instituições ou às ideologias”. Observa-se que as repressões permeiam todas as esferas, incluindo os da vida sexual e afetiva.

3.3. Nas veias abertas da América Latina: epistemologias aliadas para salvar vidas humanas

Parafraseando literalmente o sentido do clássico escrito de Eduardo Galeano (1971), no qual o autor faz análise da história da

América Latina sob o ponto de vista da exploração econômica e da dominação política, torna-se indispensável relacionar que o título à obra “ Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal”, Eugenio Raúl Zaffaroni (1991).

No que toca o entendimento das “penas perdidas”, há a urgente necessidade de enxergar o atual genocídio como objeto principal de estudo da Criminologia crítica latino-americana. Assim, a função precípua da criminologia situada em contexto próprio é o “salvamento de vidas humanas” (ZAFFARONI, 1991, p. 171).

De mãos dadas com a criminologia feminista, o estudo do crime na América Latina deve se pautar na análise quem são as verdadeiras vítimas do sistema atual. Quem é que, de fato, está morrendo nessa parte do mundo? Tendo como lócus de estudo a cidade de Salvador (Bahia, Brasil), o estudo realizado por Larissa Guedes (2017) em trabalho de conclusão de curso de graduação em Direito, pela UNIFACS, afirma que “as mulheres negras, de baixa escolaridade e classe social não privilegiada estão expostas diariamente à violência doméstica e familiar, tornando-se as principais vítimas do fenômeno” (GUEDES, 2017, p.100).

Ou seja, ainda que exista lei penal que coíba a violência doméstica, esta mostra-se seletiva em sua aplicação, levando-se em conta o contexto social da maioria das mulheres vitimadas, (GUEDES, 2017, p.101). A realidade empírica demonstra, então, que a aplicação da Lei Maria da Penha sofre, nesta cidade, marcantes influências dos marcadores sociais de raça e classe.

Além de serem vítimas, as mulheres negras, se comparadas às brancas, são a população majoritária das prisões brasileiras. Neste contexto, o “diagnóstico normativo possibilita dizer que o Brasil, nas duas últimas décadas, aderiu ao punitivismo, tendência político-criminal que obstaculiza a consolidação da democracia nos países ocidentais, sobretudo nos países da América Latina que lograram superar os períodos de Ditaduras civis-militares” (CAMPOS; CARVALHO, 2010, p. 155).

Nas palavras de Kimberle Crenshaw, estudiosa estadunidense da teoria crítica da raça, “as experiências específicas de mulheres de grupos étnicos ou raciais definidos são, muitas vezes, obscurecidas dentro de categorias mais amplas de raça e gênero” (CRENSHAW, 2012, p.4).

Nesse bojo, faz-se mister aplicar, no direito brasileiro, visões mais representativas sobre a realidade, de maneira a considerar mais epistemologias e englobando críticas diversas. Partindo deste pressuposto, é preciso interpretar a lei levando em conta elementos de gênero, raça e classe.

4. A AGLUTINAÇÃO DE SABERES: UMA FERRAMENTA PARA TRANSFORMAR

4.1. As acanhadas mudanças formais da Lei Penal

Formalmente, é possível observar inúmeros progressos na lei penal após as lutas pelas reformas. Tratando-se de crimes sexuais, as leis 11.106 de 2005 e 12.015 de 2009 trouxeram modificações marcantes para a narrativa penal, sobretudo no que toca o direito da mulher em se autodeterminar sexualmente.

Para sinalizar as mudanças mais significativas, é pertinente mencionar a reforma da legislação com a inclusão da violência doméstica como circunstância agravante ou qualificadora de crimes; a modificação na interpretação jurisprudencial e doutrinária da tese da legítima defesa da honra nos crimes de adultério; a revogação de vários tipos penais discriminatórios, a exemplo dos crimes de atentado violento ao pudor, de sedução, de rapto violento ou mediante fraude e de rapto consensual, inclusive a revogação do próprio delito de adultério (CAMPOS; CARVALHO, 2010, p. 143).

É marcante, também, a modificação na redação do crime de estupro, englobando a anterior tipicidade do atentado violento ao pudor, além da “revogação do dispositivo que permitia a extinção da punibilidade com o casamento da vítima com seu ofensor nos crimes sexuais”. Vale ressaltar, ainda, que “a definição de inúmeras medidas protetivas, como o afastamento do cônjuge violento do lar, colaborou para fomentar uma nova cultura jurídica no que diz respeito à violência contra mulheres e meninas no Brasil” (CAMPOS; CARVALHO, 2010, p. 144).

Observou-se, assim, o começo da construção de uma legislação mais isonômica. Somente na década de 2000 entendeu-se pelo fim das causas de extinção de punibilidade para o crime de estupro, como o casamento da vítima enquanto antídoto contra

a ofensa à moral, além da revogação do crime de adultério e a supressão de expressões como “mulher honesta” e “mulher virgem”, incluindo, ainda, a não classificação do estupro como crime bi próprio – só a mulher figurava como vítima.

Ademais, em 2009 as mudanças foram ainda maiores: finalmente, alterou-se o título de “Crimes contra os costumes” para “Crimes contra a dignidade sexual”, além da revogação do antigo crime de atentado violento ao pudor, o qual não sofreu, contudo, *abolito criminis*.

4.2. A necessidade de ressignificar saberes enviesados

É premente a necessidade de impulsionar o estudo jurídico por um viés mais feminista, incluindo novos olhares para a interpretação jurídica, tendo em vista que a doutrina clássica é permeada por conceitos estigmatizantes.

Para exemplificar, claras são as ideias do clássico penalista Magalhães Noronha (1961). Aduzindo que a “mulher honesta” é aquela que possui decoro, sendo também honrada, ela deve ter decência e compostura, entendendo ainda que esta deve conservar “no contato diário com seus semelhantes e na vida social, a dignidade, o nome, tornando-se, assim, merecedora do respeito dos que a cercam. Não vivendo no claustro nem no bordel, justamente é que mais pode ser vítima do crime, donde logicamente a necessidade de proteção legal” (NORONHA, 1961, p.176).

Sob tal égide, inescusável é não citar, também, os escritos de Nélson Hungria. Sendo um dos revisores do anteprojeto do Código Penal de 1940, Nélson Hungria, consagrado autor penalista brasileiro, traz o conceito de “mulher honesta” em consonância com os pensamentos da sociedade brasileira da década de 1960. Afirma assim o supracitado autor (HUNGRIA, 1956, 148):

A vítima deve ser mulher honesta, e com tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigido pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se

entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (*cum vel sine pecúnia accepta*).

A fim de efetivar as garantias normativas hodiernas, é pertinente introduzir os novos saberes feministas às construções doutrinárias, de modo a orientar não só reformas legislativas, mas também a interpretação dos diplomas legislativos. Considerando as palavras de Sandra Harding (1996, p. 187):

As afirmações mais revolucionárias talvez tenham surgido de situações de pesquisa em que feministas isoladas, ou em pequenos grupos, identificaram um fenômeno problemático, formularam uma hipótese provisória, imaginaram e realizaram a coleta de dados e depois interpretaram os resultados.

4.3. Negando o epistemicídio

Vera Regina Pereira de Andrade (2012, p.117), em “O controle penal para além da (des)ilusão”, afirma que há um acúmulo criminológico crítico na América Latina e no Brasil, “acúmulo este que não está e não deve dissociado do acúmulo criminológico da modernidade”. Assim, aglutinar saberes é construir discursos de maneira dialógica, abrindo, deste modo, espaço para a continuidade epistemológica e política.

Ao sugerir uma “Ecologia de saberes”, a autora resgata o brilhantismo que permeia a obra de Boaventura de Sousa Santos (2008), “A Gramática do Tempo”, haja vista que o renomado autor traz como orientação a transdisciplinariedade norteando os discursos postos, a fim de uma nova cultura política (ANDRADE, 2012, p. 119).

Assim, combater o epistemicídio por meio da transdisciplinariedade é essencial para inserir novos saberes contextualizados. Uma vez que a criminologia se relaciona com a luta pelo poder e necessidade de ordem, é preciso entender o objeto da criminologia considerando a ordem e formação econômica social própria (BATISTA, 2011, p.19).

Deste modo, é possível perceber que o pensamento ocidental colonizador do mundo, aliado ao sistema capitalista de produção, precisaram da “operacionalização do poder punitivo para assegurar a ordem” (BATISTA, 2011, p.19).

Ademais, o problema e o conceito de ordem devem “integrar o horizonte analítico de um Criminologia latino-americana”, o qual permite realojar problemáticas e conceitos que vêm sendo trabalhados com crescente interesse na Criminologia brasileira e nas ciências sociais e humanas, como gênero, segurança pública, etnia, raça, e mestiçagem, infância, adolescência e juventude, loucura, mendicância, exclusão e tantas outras subjetividades constituídas pelo controle social (ANDRADE, 2012, p. 123). Ao considerar tais subjetividades, é possível construir uma visão aglutinadora e progressista.

5 CONCLUSÃO

Ao vislumbrar e comparar os códigos penais brasileiros, é possível observar que vigeu, até os tempos hodiernos, leis que possuíam um forte caráter paternalista. Assim, ao disciplinar crimes sexuais, a lei penal não considerou a voz das mulheres no que tangencia a regulação das condutas que atingem os corpos femininos.

Dessa maneira, nota-se que há um certo grau de determinismo biológico orientando as construções legislativas, de modo a fal-sar a liberdade sexual como bem jurídico a ser protegido. A partir de uma análise histórico-espacial, apreende-se os objetivos da lei e a sua proteção aos costumes em vez da autodeterminação sexual.

Além disso, cumpre esclarecer que há distinção de tratamento penal em função das figuras sociais a quem eles são destinados. Neste contexto, ainda que o papel de vítima nos crimes seja, em sua maioria, vivenciado pela mulher, há outro grupo feminino que é utilizado como clientela precípua para o sistema penal, acabando, portanto, desprotegidas por este mesmo sistema.

Ademais, o feminismo é uma ferramenta de transformação social, gerando emancipação feminina. Neste nexos, observa-se que o movimento trouxe importantes mudanças legislativas ao Brasil, de maneira a introduzir novos referenciais criminológicos, dando, assim, mais autonomia à voz feminina.

Partindo dessa égide, é de suma importância a busca por novos olhares para as construções legislativas, procurando, justamente, criar cada vez mais espaço para um referencial criminológico feminista autônomo. Aliando tais saberes às narrativas legislativas, consagra-se, para as mulheres, mais isonomia.

Considerando o feminismo como um instrumento emancipatório, é preciso construir estes novos referenciais criminológicos com o escopo de salvar vidas humanas. Assim, é preciso situar a criminologia em contextos e espaços próprios, de maneira a elucidar as questões que norteiam o fenômeno criminal e entendendo, de fato, quem realmente morre nessa parte do mundo.

Embora tenham ocorrido inúmeras mudanças positivas na lei penal, estas são mais evidentes apenas numa faceta formal. Assim, ainda é notória a necessidade de efetivar tais formalidades, ressignificando os saberes postos, a exemplo da consagrada doutrina brasileira penalista, a qual é construída, majoritariamente, por homens brancos.

Defende-se, por consectário lógico, a aglutinação de saberes em detrimento do epistemicídio de ideias, a fim de construir uma cultura legislativa de integração, a qual consagra uma verdadeira democracia. Acima de tudo, é preciso dar representatividade a quem, de fato, está inserido no âmbito da incidência da norma. Neste nexos, faz-se mister interpretar a lei considerando elementos de gênero, raça e classe, conferindo mais igualdade para o mundo fático.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Júlia Somberg. *A limitação da sexualidade feminina pelos códigos penais como forma de manutenção do patriarcado*. In: V Seminário Internacional: enlaçando sexualidade. Paraíba: Revista UFPB, 2015. Disponível em <http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/?p=2149>. Acesso em: 01 jun. de 2019.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARBOSA, Ruchester. *'Mulher honesta': conheça a origem da expressão*. Canal Ciências Criminais: 2016. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/mulher-honesta-origem-da-expressao/>. Acesso em: 29 mai. de 2019.
- BATISTA, Vera Malaguti de Souza W. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848*. Rio de Janeiro, RJ. 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.

- BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848*. Rio de Janeiro, RJ. 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 01 jun. 2019.
- BUENO, Mariana. *Feminismo e Direito Penal*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-14052012-161411/pt-br.php>>. Acesso em: 30 mai. 2019.
- CAMPOS, Carmem; CARVALHO, Salo de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. 2010. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/tens%C3%B5es-atuais-entre-criminologia-feminista-e-criminologia-cr%C3%ADtica-experi%C3%Aancia-brasileira>>. Acesso em: 04 jun. 2019.
- CASTRO, Lola Aniyar, *Criminologia da reação social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- CASTRO, Lola Aniyar. *A criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortez, 2007.
- CRENSHAW, Kimberlé. *Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero*. *Revista Estudos Feministas*. Florianópolis, vol. 10, n. 1, jan./2002. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2002000100011/8774>>. Acesso em: 08 jun. 2019.
- ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004.
- FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade I: a vontade saber*. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- FRASER, Nancy. *Repensando la esfera pública: una contribución à la critica de la democracia actualmente existente*. Disponível em: http://www.equidad.scjn.gob.mx/IMG/pdf/REPENSANDO_LA_ESFERA_PUBLICA.pdf. Acesso em: 08 de jun. 2019.
- GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Sérgio Faraco (trad.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- GUEDES, Larissa. *A influência dos marcadores sociais de classe e raça na aplicação da lei maria da penha na cidade de Salvador*. Monografia (Graduação em Direito). Salvador: Universidade Salvador, 2017.
- HARDING, Sandra. *Ciencia y feminismo*. Madrid: Ediciones Morata, 1996.

- HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. Vol. VIII. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- LARRAURI, Elena. La mujer ante el Derecho Penal. *Revista Ciencias Penales*, n. 11.
- LEITE, Inês Ferreira. A tutela penal da liberdade sexual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n° 01, 2011. Disponível em: <https://biblionet.fd.unl.pt/Opac/Pages/Search/Results.aspx?Database=10406_GERAL&Search-Text=AUT=%22Leite,%20In%C3%AAs%20Ferreira%22>. Acesso em: 02 jun. 2019.
- LIMA, Daniel. *A liberdade sexual como único bem jurídico merecedor de tutela penal nos crimes sexuais*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/liberdade-sexual-bem-juridico/>>. Acesso em: 31 mai. 2019.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2010.
- MENDES, Soraia da Rosa. *(Re)pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2019.
- MUJALI, Lara; FERREIRA, Eliane. O gênero e os crimes sexuais: analisando crimes sob a perspectiva jurídica de gênero. In: *Anais do III Congresso Internacional de História da UFG*. Jataí: História e Diversidade Cultural. 2012. Disponível em: <[http://www.congressohistoriajatai.org/anais2012/Link%20\(120\).pdf](http://www.congressohistoriajatai.org/anais2012/Link%20(120).pdf)>. Acesso em: 31 mai. 2019.
- NETTO, Helena; BORGES, Paulo. A mulher e o Direito Penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e ausência de tutela penal justificada pelo machismo. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, a. 17, n. 25, 2013.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 1961.
- PERROT, Michel. *Os excluídos da história: operários, mulheres e prisioneiros*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1988.
- REISS, Michel. Esferas públicas segundo Nancy Fraser: feminismo e Direito Penal. In: *IV Congresso Nacional da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito – FEPODI*. 2015. Disponível em https://www.academia.edu/20358985/Esferas_P%C3%BAblicas_Segundo_Nancy_Fraser_Feminismo_e_Direito_Penal. Acesso em: 03 jun. de 2019.

SILVA, Lilian P. Sistema penal: campo eficaz para a proteção das mulheres? In: BORGES, Paulo C. C. (org.). *Sistema penal e gênero: tópicos para a emancipação feminina*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

WIT, Carolina Wanderley Van Parys; BORGES, Viviane Trindade. *Prostitutas e criminosas: o discurso acerca das mulheres delinquentes para Cesare Lombroso e Guglielmo Ferrero (1893)*. In: 27º Seminário de Iniciação Científica da Universidade do Estado de Santa Catarina. 2017. Disponível em https://www.udesc.br/arquivos/udesc/id_cpmenu/6219/51_15034092501539_6219.pdf. Acesso em: 02 jun. de 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição (trad.). Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Capítulo IV

Influência midiática na violência contra a mulher: uma ressignificação do conceito de crime passional no caso Eloá

Fernanda Cordeiro Braga Costa

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de
Direito e Gestão. E-mail: fcbragac@gmail.com.

Influência midiática na violência contra a mulher: uma ressignificação do conceito de crime passional no caso Eloá

Sumário: 1 INTRODUÇÃO; 2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E MARCOS LEGISLATIVOS ; 3 A MÍDIA E SEU PAPEL DE INFLUÊNCIA; 3.1 MÍDIA CRIMINAL: A VIOLÊNCIA ASSISTIDA; 3.2 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NA VIOLÊNCIA DE GÊNERO; 4 O CASO ELOÁ E SEUS DESDOBRAMENTOS MIDIÁTICOS; 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente artigo trata de uma análise da influência que a mídia brasileira exerce nos casos de violência contra a mulher ocorridos no país. Muito se fala sobre casos de crimes passionais quando, na realidade, deveriam ser tratados como outros tipos penais; e, mesmo quando são tratados como o tipo penal que verdadeiramente são, os romantizam no âmbito midiático. Ademais, traz-se uma visão acerca do Caso Eloá, ocorrido em 2008, em Santo André, o qual sofreu uma extrema influência por parte da mídia. Tem-se, portanto, como objetivo deste trabalho realizar uma reflexão acerca da influ-

ência midiática associada (ou não) à ressignificação do conceito de crime passional. Assim, entende-se que a mídia realmente romantiza os casos de violência de gênero e não os trata com a devida seriedade, porém, ao noticiá-los, influenciam as mulheres a denunciar mais estes casos.

PALAVRAS-CHAVE: VIOLÊNCIA; VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER; MÍDIA; INFLUÊNCIA MIDIÁTICA; CASO ELOÁ.

1 INTRODUÇÃO

O termo “violência” vem do latim *violentia*, que diz respeito a qualquer tipo de ação que empregue uma força ou é executada com brutalidade, ou seja, é tudo aquilo que ocorre a partir de um ato violento, seja no âmbito físico ou moral, contra a vontade de quem a sofre. Iniciou-se com a caça, buscando apenas uma forma de alimento para quem a praticava garantindo a sobrevivência humana lá em seus primórdios. Entretanto, com o início da vida em sociedade, a violência começou a ser vista como um fenômeno biopsicossocial, visto que passou a ser praticada contra seres humanos, não importando seu gênero, etnia, orientação sexual, entre outros aspectos.

Dentro de todas essas possibilidades contra quem se pode praticar um ato violento, existe um seletivo (mas nem tanto) grupo que vem sofrendo tais atos desde o momento que a sociedade passou a ser vista de maneira mais complexa, tratando uns com superioridade e outros de maneira subjugada. Esse grupo é o que compreende o gênero feminino, o qual, desde sempre, se viu em uma posição de inferioridade na sociedade face o gênero masculino, que, para garantir que essa situação de privilégio fosse mantida ao longo do tempo, começou, inclusive de maneira inconsciente, a praticar atos violentos contra as mulheres, principalmente contra as que conviviam e, por isso, tinha uma possibilidade maior de domínio.

Com o decorrer do tempo, ocorreram diversos marcos que conseguiram propor um diálogo acerca da violência contra a mulher, principalmente com a consolidação do papel da mídia. Os jornais, escritos e televisivos, começaram a noticiar esses casos de violência contra o gênero feminino e expor essa problemática como tal para a sociedade. Porém não. Esses jornais começaram sim a noticiar os supramencionados casos, todavia eles não eram expostos a todos como uma problemática, mas como meros crimes passionais, que só haviam se consumado por causa de ciúmes, amor ou qualquer outra justificativa que minimizava a situação.

A partir do momento em que essas notícias começaram a ser veiculadas em canais de grande notoriedade, os meios de comunicação entenderam que podiam trabalhar em cima delas para gerar mais espectadores em suas redes e decidiram traçar planos para isso com base na sensacionalização de tais atos de violência, diminuindo o papel de vítima da mulher. Como exemplo disso, na grande maioria das vezes em que ocorria uma situação de violência, esse ato era repudiado pelas mídias, porém, quando essa ação era cometida contra uma mulher, não o fazia: buscava-se instigar o espectador a pensar em diversas causas do porquê um homem trabalhador, sem antecedentes criminais, de boa convivência, entre outros adjetivos, poderia estar cometendo tal crime. Em outras palavras, a mídia deu início a um processo explícito de romantização dos crimes passionais.

Outro exemplo em que essa sensacionalização atrelada à romantização do crime passionais aconteceu foi no Caso Eloá, ocorrido no ano de 2008. Nesta situação, a mídia ficou incansavelmente em cima do autor do crime, da vítima e da polícia, trazendo conteúdos quase que 24 horas por dia, durante todos os quatro dias em que o crime se prolongou, além de interagir ativamente com todas as partes envolvidas em tal delito, através de programas ao vivo e ligações de jornalistas para Lindemberg Alves (o autor do crime), *exempli gratia*, até o momento da morte de Eloá.

Nesse sentido, este trabalho irá analisar brevemente a evolução legislativa acerca da violência de gênero, o surgimento da mídia e qual é seu papel principal no Brasil, trazendo a imagem da mídia criminal e sua real influência na sociedade brasileira, quer seja positiva ou negativa, focando nos casos de violência contra a mul-

her e de crimes comumente chamados de crimes passionais, discorrendo mais a fundo acerca do Caso Eloá e atuação da mídia ao retratá-lo em canais de comunicação de alcance nacional.

2 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E MARCOS LEGISLATIVOS

Tratar de violência de gênero, principalmente quando a vítima é do gênero feminino, diz respeito à história e a uma revisita ao passado, buscando entender a verdadeira motivação por trás da prática de tal violência. Isso tudo se dá por conta de nossa sociedade patriarcal, porém, esta não possui um início definitivo ou um marco principal que a explique: ela apenas existe e vive.

De acordo com Sérgio Gomes da Silva (2010, p. 557), os gregos acreditavam que, no âmbito metafísico, a mulher era colocada em uma posição já inferior aos demais homens. Desse modo, Silva defende que o marco principal está cada vez mais distante de nosso conhecimento. E, na realidade, não precisamos saber onde está a faísca do patriarcado, precisamos saber apenas como reduzi-lo progressivamente para que, em um possível futuro, chegue ao seu fim.

Esse mesmo patriarcado, na tentativa de sua manutenção, gerou o que chamamos hoje de violência de gênero, visto que exercer força e violência sobre alguém e/ou algum determinado grupo de pessoas tem como principal função implícita se manter no controle do que quer que seja. Nesse caso, se manter no controle de desigualdade de gênero.

Como explicita Mota e Osterne (2016, p. 178), isso se deu naturalmente em nossa realidade sendo justificado de diversas maneiras, como a famosa frase “em briga de marido e mulher ninguém mete a colher”. Desde que a sociedade se entende como patriarcal, foi naturalizada essa espécie de violência contra as mulheres, principalmente pelo Estado não dar a devida importância a isto.

Assim, a violência de gênero, decorrente desta sociedade pautada no enaltecimento dos homens, começou a ser praticada contra o gênero feminino e se perpetua até os dias atuais de diferentes maneiras, tendo em vista que os são diversos os meios de se praticar tal violência. Com isso, e com a constante luta pela igualdade de gênero do movimento feminista e do dia-a-dia feminino, surgiram alguns marcos legislativos que auxiliam no combate da violência contra a mulher.

No Brasil, com a crescente do movimento feminista, no viés contrário à violência familiar, em 1985, tivemos o primeiro grande marco contra este tipo de violência: a criação da primeira Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher (DEAM), em São Paulo, assim como a implantação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Seguindo, apenas três anos depois, foi promulgada a conhecida “Constituição Cidadã”, que trouxe a igualdade formal de gênero dentro e fora do ambiente doméstico, gerando assim os primeiros pensamentos oficiais acerca da necessidade dessa igualdade em nosso país (COSTA, LIMA, MONTEIRO, SILVA JÚNIOR, 2016, p. 141-142).

Como Costa, Lima, Monteiro e Silva Júnior (2016, p. 142-143) continuam expondo, em 1995, surgiu a Secretaria de Políticas para Mulheres, objetivando o combate da violência contra estas. Porém, apenas em 2030, foi editada a primeira lei para este objetivo, com a Lei n. 10.778, que estabelecia a notificação compulsória nos casos de violência contra a mulher que eram atendidos no sistema de saúde.

Em 2006 surgiu um dos maiores marcos da história legislativa da violência contra a mulher: a Lei n. 11.340, mais conhecida como Lei Maria da Penha, que passou de fato a punir os agressores de maneira diferente e mais assertiva por conta da prática da violência de gênero, sendo que, apenas em 2012, a ação penal a que esta lei se refere se tornou de natureza pública incondicionada, a partir da ADI 4424 (COSTA, LIMA, MONTEIRO, SILVA JÚNIOR, 2016, p. 144).

Por fim, em 2015, tivemos a edição da Lei n. 13.104, que inclui o feminicídio no rol dos crimes hediondos, tratando a violência contra a mulher em seu grau máximo com a seriedade com a qual ela sempre deveria ter sido tratada. Percebe-se, assim, que o avanço legislativo nessa temática foi uma verdadeira conquista para as mulheres e conseguiu quebrar determinados preconceitos e pensamentos acerca do patriarcado.

Segundo Fábio Roque Araújo (2020, p. 680-681), a emoção é “uma acentuada excitação do sentimento, ao passo que a paixão é a emoção potencializada”, sendo a emoção “mais transitória [...] (raiva, medo, susto etc.)” e a paixão “mais duradoura (ódio, amor, fanatismo, inveja, ciúme etc.)”. Não obstante, os crimes de violên-

cia contra a mulher continuaram a ser praticados e, na maioria das vezes, justificados pela paixão do homem pela mulher.

Quantas vezes já ouvimos que algum crime fora cometido por um bom moço, trabalhador, centrado, de igreja, entre outros adjetivos, por motivos de ciúmes e/ou medo de perder a mulher amada, por exemplo? Isso se dá justamente pela ainda perpetuação do patriarcado que, mesmo com diversos avanços legislativos, continuou mantendo o art. 65, III, c, do Código Penal em vigência, que trata da minoração da pena por motivos de emoção ou paixão que tomaram conta do autor no momento da prática criminosa e, muitas vezes, é utilizado em casos de violência de gênero, configurando os chamados “crimes passionais”.

Porém, seria mesmo um mero crime passional aquele cometido contra mulheres motivado pela suposta paixão, sendo que a verdadeira motivação seria a manutenção de posse sobre a mulher, principalmente com todo o histórico de evolução e conquistas no âmbito legislativo acerca do tema? Nesse caso, só a mídia responde.

3 A MÍDIA E SEU PAPEL DE INFLUÊNCIA

Os primeiros veículos de comunicação surgiram em 1440, no Império Romano, a partir da criação da prensa móvel, porém, a título oficial, o primeiro meio de comunicação que pode ser considerado similar ao que chamamos hoje de imprensa surgiu na Bélgica, no início do século XVII, motivado pela necessidade de informação, razão pela qual podemos entender a continuidade do jornalismo.

Entretanto, o primeiro jornal brasileiro não surgiu nesse período e, na realidade, não foi produzido nem escrito no Brasil, mas sim, em Londres, por Hipólito José da Costa, brasileiro e ex-funcionário da Imprensa Régia portuguesa, em junho de 1808. Por seu envolvimento com a ordem maçônica, veementemente proibida em Portugal devido aos ideais de liberdade religiosa, Hipólito acabou preso por obra e graça do Santo Ofício e, após três anos no cárcere, conseguiu fugir de Portugal rumo a Inglaterra, atuando lá como o primeiro jornalista brasileiro (LUSTOSA, 2004, p. 9- 11).

Assim, em terras inglesas, Hipólito acompanhou a fuga de D. João VI, príncipe regente de Portugal, junto com toda a Corte, para o Brasil e, tomado por questionamentos de um possível desenvolvi-

mento da até então colônia a partir da presença da família real no seu país de origem, decidiu agir em prol da mudança e evolução brasileira. Encontrou, então, como instrumento para isto, a imprensa livre que existia na Inglaterra, publicando, assim, o *Correio Braziliense*, o primeiro jornal brasileiro (LUSTOSA, 2004, p. 12-14).

Nessa mesma época, por conta da vinda da família real para o Brasil, a imprensa portuguesa se disseminou e chegou até a colônia. Foi em 1808, poucos meses após o início de publicação do *Correio Braziliense*, inspirados no formato da famosa *Gazeta de Lisboa*, que surgiu a *Gazeta do Rio de Janeiro*, o primeiro jornal oficial brasileiro, que teve plena circulação no país, tratando sobre decretos e fatos ocorridos na vida cotidiana da família real (LUSTOSA, 2004, p. 20).

Seguindo o ritmo jornalístico que havia sido instalado recentemente no Brasil, surgiram outros impressos no país, como o “*Preciso*” e “*A Idade de Ouro do Brasil*”, periódicos pernambucano e baiano, respectivamente. Em Recife, o impresso tinha um objetivo bem claro no meio político de ser um manifesto do proletariado em meio ao processo de independência da colônia. Já em Salvador, a história era um pouco (muito) diferente: *A Idade de Ouro do Brasil* era a versão baiana da *Gazeta do Rio de Janeiro*, sendo um jornal oficial da Corte, com o objetivo de cortar pela raiz a influência que o *Correio Braziliense* tinha na região (SOUSA, 2010, p. 15-16).¹

Sendo assim, é possível notar que tais meios de comunicação surgiram para distribuir notícias para grandes massas, principalmente no que tocava os aspectos políticos, militares e econômicos de cada sociedade em que circulava, já mostrando caráter parcial, se colocando ao lado de quem financiava sua produção, no intuito de influenciar a população e gerar opiniões favoráveis ao pensamento noticiado (e defendido) na região em que era publicado.

Nesse sentido, explicita Ribeiro e Temer (2013, p. 2), que antes da existência de todos esses impressos, que logo mais, com o advento da tecnologia, ganhariam dinamicidade através do som

1 Nesse sentido, é importante recorrer aos ensinamentos de Nelson Werneck Sodré, historiador brasileiro, em sua obra “*História da Imprensa no Brasil*”, da Editora Mauad, publicada originalmente em 1966, na qual o autor traz a história de impressos brasileiros e tece comentários críticos acerca destes citados no presente artigo e outros que ocuparam espaços importantes no ambiente midiático no país, expondo sua opinião em relação à função que a imprensa nacional executava.

e da imagem, os indivíduos formavam sua opinião e adquiriam uma base de conhecimento por meio de atividades do cotidiano, seja dentro da própria casa ou em ambientes externos. Porém, a partir do surgimento desses elementos midiáticos, conseguimos ter a exposição de inúmeras opiniões, mas, ao mesmo tempo, a exposição apenas daquelas que quem financia quer, trazendo à tona uma nova forma de construção de opinião das pessoas que tinham acesso a esses meios de comunicação.

Com o decurso do tempo e, principalmente, levando em consideração os avanços tecnológicos audiovisuais que ocorreram, a mídia conseguiu cada vez mais se introduzir no cotidiano das pessoas e passou a ser uma das maiores, se não a maior, fonte de informação e entretenimento para as massas, agindo, inclusive, de maneira ativa na educação de todos, impondo e até manipulando no sentido de formação crítica, como explicita Odália citada por Claudia Pereira (2011, p. 26).

Assim como nos primeiros jornais brasileiros, que discorriam acerca de temáticas explicitamente partidárias e parciais, os elementos midiáticos contemporâneos passaram – ou melhor, continuaram – a noticiar fatos a partir de uma perspectiva mais focada no que julgavam ser favoráveis para si, com o intuito influenciar o que a sociedade iria pensar sobre determinados assuntos². Desse modo, fica explícito que a mídia se posiciona como meio de disseminação de ideias e opiniões, orientada para o convencimento e formação crítica do indivíduo.

3.1. Mídia criminal: a violência assistida

No meio desse mar de informações e tentativas de entretenimento, a mídia se colocou também no lugar de noticiar importantes assuntos, como a questão da violência que ocorre diariamente, entendendo seu papel essencial de levar conhecimento a cada espectador, principalmente com a crescente onda de crimes cometidos. Como bem explicita Rondelli (1998, p. 145), “o aumen-

2 No mesmo sentido se posicionam Carvalho e Freire (2008, p. 156) ao dizerem que “a mídia é atualmente um dos mais importantes instrumentos sociais, no sentido de produzir esquemas de significação e interpretação do mundo. Os meios de comunicação nos indicam o que pensar, o que sentir, como agir. Eles nos impõem certas questões e nos fazem crer que estes é que são os problemas importantes sobre os quais devemos pensar e nos posicionar.”

to dos episódios de violência [...] fez com que o noticiário sobre a violência [...] ganhasse destaque, de maneira generalizada, em todos os meios de comunicação”.

Ressalta-se, inclusive que, mesmo sendo motivada, inicialmente, apenas pela necessidade de informar a população acerca da crescente violência no país, os meios de comunicação começaram a noticiar tais casos de maneira exponencial, aumentando a frequência em que eles apareciam em seus programas pois perceberam um aumento na audiência quando eram noticiados. Assim, entenderam que este seria um tema bom para ser utilizado em prol da melhoria dos números de ibope de cada veículo, por exemplo³.

No mesmo sentido, percebeu-se que quanto mais noticiada a violência, mais assistida ela era e mais pedida para continuar sendo noticiada era. Sendo assim, pode-se entender a mídia como uma mola criadora e propulsora da necessidade que os indivíduos têm de estarem em contato com fatos violentos a partir dela, de maneira que acabam não percebendo a manipulação que esses meios de comunicação exercem sobre eles objetivando uma maior audiência.

É nítido, ainda, que os jornais e outros veículos de comunicação, enquanto influenciadores parciais do modo de pensar da sociedade, dizem o que querem que seus espectadores pensem acerca de cada crime violento que noticiam, além de estimularem a propagação desse pensamento para que a população possa ter sentimentos variados de acordo com o crime que é cometido e as circunstâncias que o englobam.

Assim, no caso de uma notícia de um latrocínio, por exemplo, a mídia estimula os indivíduos a acreditarem que este é um dos

3 Importante entender o posicionamento capitalista da mídia, o qual faz esta se voltar à exposição de notícias que geram lucratividade, como explicita Cláudia Pereira (2011, p. 65): “Fica difícil imaginar uma programação que deixe de realizar apologia à violência nos dias atuais, tendo em vista que a temática da violência gera grande audiência e, por conseguinte, maiores lucros para os veículos de comunicação. Nesse caso, percebe-se que a mídia, de maneira geral, está mais preocupada em buscar lucratividade do que em gerar informações relevantes para a população”. Maria Stela Porto (2000, p. 193) ainda continua: “É o que ocorre, por exemplo, com o fenômeno da violência, transformando em produto, com amplo poder de venda no mercado de informação, e em objeto de consumo, fazendo com que a ‘realidade’ da violência passe a fazer parte do dia-a-dia, mesmo daqueles que nunca a confrontaram diretamente enquanto experiência de um processo vivido”.

piores crimes possíveis a ser cometido, pois houve a retirada de uma vida por motivos meramente patrimoniais, o que levaria o autor a ser uma pessoa extremamente agressiva, narcisista e egoísta, ou seja, desumanizando completamente este indivíduo. Do mesmo jeito, quando uma pessoa que passa por extrema dificuldade financeira furta um supermercado para ter o que comer e alimentar sua família, a exposição dessa notícia assume um tom pacífico, trazendo a humanização do autor do delito, tentando criar uma aproximação e simpatia do público para com ele.⁴

Como os meios de propagação de informação possuem vasta experiência nesse processo de divulgação e influência, torna-se, de certo modo, fácil manipular as massas para que estas sintam e pensem cada tipo penal de maneira que a mídia quer, podendo, inclusive, afetar no julgamento social e até judicial de cada uma das pessoas que cometeram (ou não) esses crimes.⁵

3.2. A influência da mídia na violência de gênero

Trazendo este debate da mídia criminal e de como ela influencia no processo de formação de opinião dos indivíduos para o recorte da violência de gênero, pode-se perceber a utilização e disseminação em larga escala do termo “crime passionai” ao tratá-los em veículos de comunicação.

A utilização do termo “crime passionai” nas manchetes dessas notícias se dá pelo machismo que vive em nossa sociedade, sendo esta, segundo Chaves (2015, p. 3), “uma sociedade feita por homens e para os homens”, fazendo com que “várias violências e desrespeitos a [...] direitos humanos sejam socialmente aceitos, sejam naturalizados” no que toca a figura do gênero feminino.

Chaves (2015, p. 5) ainda segue sua argumentação acerca deste termo utilizado para se referir à violência contra a mulher ao dizer que o fator primordial para a naturalização de tal crime é associá-lo à paixão, como o próprio termo já menciona. Dizer

4 Estes exemplos foram trazidos ao presente artigo apenas para explicação de como o tom da mídia ao noticiar crimes influencia na reação da população para com tais delitos, não se tratando, então, de juízo de valor acerca destes tipos penais.

5 Importante visitar o trabalho de Carvalho e Freire (2008) para entender também o debate da influência da mídia no julgamento a depender da classe social do autor do delito.

que a violência de gênero ocorreu por conta de um sentimento tão forte e positivo como a paixão significaria dizer que o homem, por estar apaixonado⁶, pode cometer certos atos contra a mulher, para “mantê-la” junto a ele, ou seja, sustentaria a “cultura de posse do homem sobre a mulher”, muitas vezes nem mencionando a Lei Maria da Penha e como ela se enquadraria no caso em tela.

Ademais, mesmo diminuindo casos de violências graves contra a mulher chamando-os apenas de “crimes passionais”, motivados pela doce paixão do homem pela mulher em questão, as coberturas midiáticas trazem a necessidade de comoção para com o autor do crime, noticiando, muitas vezes, estes fatos de maneira sensacionalista, transformando esses trágicos eventos do cotidiano em espetáculos para cumprir com esse objetivo (DUTRA, 2012, p. 110).

Quando analisamos a fundo o sensacionalismo que se apropria da matéria da violência de gênero, Ribeiro e Temer (2013, p. 8-13) afirmam que “há um investimento na espetacularização da notícia, mais que informar é preciso entreter para manter a audiência” e “não o resgate da cidadania das mulheres marginalizadas”, entendendo bem que trata-se de uma cobertura extremamente desnecessária, podendo gerar consequências inimagináveis.

Seguindo nessa linha, além de tentar criar uma aproximação entre os espectadores e o agressor, abrandando o crime praticado por este, a mídia se utiliza de artifícios sujos de degradação da vítima, trazendo fatos do passado de sua vida, família e atitudes que tinha que não condiziam com a tão falada “mulher direita”. Nesse sentido, pode-se, inclusive, citar o Caso Eliza Samúdio, no qual revisitaram o passado da vítima e utilizaram como possível justificativa para o assassinato o fato dela já ter sido atriz pornô, por exemplo (DUTRA, 2012, p. 112).

Como expõe Dutra (2012, p. 112), “no fim, crimes passionais são transmitidos como trágicas histórias de amor, onde o mocinho, levado pelos encantos daquela que era [...] qualquer [...] adjetivo que justifique o ato, não se deteve e, em um momento de fúria, ‘cometeu um erro’”. Assim, Chaves (2015, p. 5) arremata, dizendo que “vivemos em uma sociedade que condena a violência física

6 Grifo nosso.

enquanto ratifica todas as demais formas de violência sofridas pelas mulheres” e “necessitamos, urgentemente, de uma mídia que respeite os direitos humanos das mulheres”.

Entretanto, apesar de toda a influência negativa que a mídia pode ter em todos os casos que noticia, principalmente nos que dizem respeito à violência de gênero, há pesquisas que indicam uma influência também positiva, visto que a imprensa “é o principal meio de conhecimento da lei por parte das mulheres” (PEREIRA, 2011, p. 56), mesmo que esse conhecimento não alcance todas essas mulheres nem seja passado em sua totalidade à elas.

Pereira (2011, p. 71) ainda indica que:

“A mídia fará apologia à violência se esta lhe der audiência e, conseqüentemente, o lucro. Por outro lado, percebemos que a mídia também é um instrumento que ajuda na divulgação dos atendimentos da instituição. [...] A mídia influencia as mulheres e a procura pelos atendimentos que possam sanar a violência sofrida.”

Assim, é possível verificar, de fato, que a notificação da violência contra a mulher também exerce influência positiva para que os índices de denúncia dessa prática sejam os mais fidedignos possíveis.

4 O CASO ELOÁ E SEUS DESDOBRAMENTOS MIDIÁTICOS

Entre os dias 13 e 17 de outubro de 2008, o Brasil parou em frente às televisões para acompanhar o mais longo sequestro em cárcere privado que o estado de São Paulo já registrou. Como amplamente noticiado pelas emissoras televisivas, sites de notícias, jornais, entre outros veículos de comunicação, Lindemberg Alves, ainda apaixonado pela sua ex namorada, Eloá Cristina Pimentel, tomado pela sua raiva momentânea de não estar mais ao lado da garota de apenas 15 anos e sua vontade de reatar esse namoro, invadiu sua casa, armado, e a manteve presa lá junto com sua amiga Nayara Rodrigues.

No pequeno apartamento localizado em Santo André, no ABC Paulista, Eloá foi mantida em cárcere privado, sob ameaças e agressões de fato de Lindemberg caso esta não o obedecesse fielmente quando este pedia para ela beijá-lo, abraçá-lo, entre outras

solicitações. Assim foram os quatro dias do crime, porém com um “pequeno” detalhe: por todas as 24 horas desses dias, do lado de fora do conjunto habitacional havia câmeras, repórteres e emissoras noticiando o delito a qualquer custo.

Na época desse caso, a mídia já havia superado a constante culpabilização da vítima na violência de gênero - afinal, já era 2008 - e estava passando por um processo rumo à imparcialidade quanto a ela, principalmente pela recém tipificação penal da violência doméstica e de gênero, o que nos leva a deduzir que, “na atualidade raramente algum tipo de mídia deixaria de citar a Lei Maria da Penha como o principal mecanismo para coibir a violência contra a mulher” (PEREIRA, 2011, p. 26). Entretanto, no momento de noticiar todo o sequestro da adolescente, os meios de informação não tocaram no assunto da ainda recente lei.

Ademais, em todos os quatro dias em que se perdurou no tempo o Caso Eloá, aconteceu da mídia ir “tomando um posicionamento incorreto de uma espécie de ‘intimidade’ com o telespectador e com o próprio entrevistado, na tentativa de criar uma aproximação mais acentuada”, assim como já havia verificado em outros casos que precederam o em tela Arbex Jr citado por Cundari e Weber (2010, p. 10). Inclusive, fala-se tanto do Lindemberg na mídia e pouco da Eloá, fazendo com que se torne mais explícita essa tentativa de aproximação com o criminoso, e não com a vítima.

Ocorreu, ainda, uma tentativa da mídia de se introduzir no papel da polícia, podendo ser verificada em, no mínimo, duas entrevistas na quais a Rede TV e a Rede Record, ao entenderem exercer seu papel de propagador de informações, realizaram com o autor do delito durante a consumação deste, na tentativa de representá-lo como um jovem apaixonado, esquecendo por completo os princípios e limites éticos do jornalismo, além do fato de que, como Cundari e Weber (2010, p. 2) defendem, “qualquer palavra pode ser propulsora de um comportamento psicótico quando dita a um criminoso em descontrole”.

Ressalta-se, ainda, nesse sentido, a quantidade de vezes que foram utilizados os termos “filho” e “querido” em uma dessas entrevistas com Lindemberg, além de ser proferida uma frase que dizia que “a preocupação da reportagem era com ele e tão somente

com ele” (CUNDARI, WEBER, 2010, p. 9)⁷. Ao se portar assim, a emissora de televisão Rede TV se colocou friamente favorável ao autor em detrimento da vítima, trazendo para nós a ideia de que os chamados “crimes passionais” - termo que ela tanto utilizou ao noticiar o Caso Eloá - são meros acontecimentos cujo homem não tem culpa, afinal, ele só ama demais.⁸

Quando falam, inclusive, que o autor do crime seria um bom moço e trabalhador, conseguimos notar a tentativa de romantização do crime passional, visto que, sendo o autor esses adjetivos, por que haveria ele cometido o crime? Claramente por algum motivo que a mulher vítima deu a ele! Note-se o tom de ironia.

Além disso, outro ponto vital é tratar acerca da responsabilidade que a mídia possui ao noticiar casos de violência contra a mulher, como no Caso Eloá, visto que, por ter alcance nacional e até internacional, pode acabar influenciando inclusive no processo penal desses casos, como defende Gracielle Oliveira (2018, p. 6). Tanto é extremamente prejudicial que o Ministério Público não acatou todas essas atitudes por parte das emissoras televisivas e dos jornalistas envolvidos e ingressou com uma ação pública, por ato abusivo, não levando em consideração a dor humana, além de deixar a ética jornalística em um patamar que sequer foi consultado.

No quarto e último dia de sequestro, Lindemberg acabou atingindo Nayara e Eloá com disparos de arma de fogo, no momento em que percebeu que não haveria outra saída para toda a situação que ele causara, principalmente pelo alcance nacional que o caso tomou. Baleou, inclusive, Eloá em seu rosto e virilha, partes do corpo onde normalmente ocorrem as agressões motivadas por gênero, objetivando gerar prejuízo à pessoa em sua autoestima e vida sexual caso sobreviva. Entretanto, neste caso, Eloá não so-

7 É possível encontrar a transcrição desta entrevista no trabalho de Cundari e Weber (2010), no período de páginas 6 a 8

8 Um ponto importante e válido ser ressaltado foi a fala do jornalista investigativo Percival de Souza durante o programa A Tarde é Sua, da Rede TV: “Eu sou muito otimista, né... Espero que termine assim em pizza, né, e em um casamento futuro entre ele [Lindemberg] e a namorada apaixonada dele [Eloá]. Ele está passando uma fase momentânea, né, ele também tenha perdido a motivação de viver porque um rapaz jovem quando se apaixona, muitas vezes, desequilibra. Mas isso vai terminar em final feliz.”, que pode ser vista a partir do minuto 8:55 do documentário “Quem matou Eloá?”, que pode ser acessado através desse link: https://www.youtube.com/watch?v=4IqIaDR_GoQ.

breviveu. A menina de apenas 15 anos foi a óbito e Lindemberg preso e condenado a 98 anos e 10 meses de reclusão por crimes envolvendo o sequestro e morte de Eloá.

Com tudo isso, é fácil pararmos para nos perguntar se, caso não houvesse essa interferência exacerbada da mídia na notificação do Caso Eloá, haveria este o mesmo desfecho ou poderíamos estar numa realidade em que a adolescente continuaria viva e pudesse seguir sua vida, superando o trauma passado? Como Cundari e Weber (2010, p. 11) especulam, “é difícil responder precisamente se o desfecho do caso seria diferente. Afinal, a conduta séria de negociação nos casos de sequestro está distante do que ocorreu naqueles dias em Santo André” e, ao ser noticiado como mero crime passional, não trouxe a seriedade necessária para o entendimento do público e julgamento justo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendendo o conceito de crime passional para o Direito Penal e sua manutenção no Código, mesmo com todas as conquistas do movimento feminista em prol da punibilização da violência de gênero, surge o questionamento do porquê isso aconteceria e, quer queira ou não, essa resposta só pode ser encontrada no estudo dos veículos de comunicação, visto que este exerce influência sobre o que pensamos e disseminamos, inclusive no âmbito criminal.

Ao analisar a mídia mais a fundo, entendemos que a notificação da violência se dá por motivos de interesse próprios de cada veículo, objetivando um maior índice de audiência, e não por mera necessidade de informar a população. Além disso, chegamos à conclusão de que a mídia acaba exercendo influência sobre a sociedade devido ao grau de importância que aquela possui sobre esta e não concluimos qual seria o limite que deveria existir nessa notificação, levando em consideração esta influência que a mídia causa tanto no próprio caso quanto no entendimento da sociedade acerca do caso.

Nesse sentido, é questionável, inclusive, o real motivo da notificação da violência, até que ponto é válida a liberdade de expressão na propagação de tais casos e como a ética jornalística se encaixa dentro dessa flexibilização de limites manipuladores capitalistas.

O entendimento atual é que não há uma explicação clara desse papel da mídia ao expor esses casos de violência e que realmente paira uma dúvida se há ou não uma sobreposição da tentativa de maximizar a audiência sobre o direito à informação de maneira ética, como pudemos notar no Caso Eloá.

Entretanto, por mais que haja aspectos totalmente negativos e irresponsáveis na mídia acerca de diversos assuntos, incluindo atos violentos e, mais especificamente, atos violentos contra mulheres, pudemos verificar que os veículos de comunicação exercem um importante papel na conscientização e formação dos indivíduos no tocante a esses mesmos temas, podendo, inclusive, aumentar o número de denúncias nos próprios casos de violência contra a mulher. Assim, a mídia exerce uma dualidade positiva-negativa na sociedade atual.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fábio R. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 3. ed., revista, atualz. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CARVALHO, Andreia S.; FREIRE, Silene M. Miatização da violência: os labirintos da construção do consenso. **Revista Textos & Contextos**, Porto Alegre, n. 1, v. 7, p. 151-164, 2008. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/3944>. Acesso em: 1 abr. 2020.
- CHAVES, Fabiana N. A mídia, a naturalização do machismo e a necessidade da educação em direitos humanos para comunicadores. In: XIV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Norte, 2015. **Anais eletrônicos[...]**. Manaus: Intercom, 2015. Disponível em: <http://www.portalintercom.org.br/anais/norte2015/resumos/R44-0606-1.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2020.
- COSTA, Andrea V. M.; LIMA, Larissa A. A.; MONTEIRO, Claudete F. S.; SILVA JÚNIOR, Fernando J. G. Marcos e dispositivos legais no combate à violência contra a mulher no Brasil. **Revista de Enfermagem Referência IVª Série**, nº 11, p. 139-146, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/ref/vserIVn11/serIVn11a15.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.
- CUNDARI, Paula C.; WEBER, Cristiane. A influência da mídia em gerenciamentos de crise: uma análise da cobertura da Rede TV no Caso Eloá Pimentel. In: XXXIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 2010. **Anais**

- eletrônico[...]**. Caxias do Sul: Intercom, 2010. Disponível em: <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2010/resumos/R5-2849-1.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2020.
- DUTRA, Thiago M. **Feminicídio doméstico e familiar: um estudo sobre o “Caso Márcia”**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2012. Disponível em: <http://www.ct.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2012/thiago-de-medeiros-dutra-feminicidio.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2020.
- LUSTOSA, Isabel. **O Nascimento da Imprensa Brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed, 2004.
- MOTA, Ana V. G.; OSTERNE, Maria S. F. A violência doméstica contra a mulher numa perspectiva sociojurídica. **Conhecer: debate entre o público e o privado**, n° 17, v. 06, p. 177-198, 2016. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/revistaconhecer/article/view/613/487>. Acesso em: 27 jun. 2020.
- OLIVEIRA, Gracielle L. Eloá e o Feminicídio: assassinatos silenciados e naturalizados como espetáculo. *In*: Conferência Internacional de Estudos Queer, 2018. **Anais eletrônicos[...]**. São Cristóvão: 2018. Disponível em: <http://www.editorarealize.com.br/revistas/conquer/resumo.php?idtrabalho=84>. Acesso em: 1 abr. 2020.
- PEREIRA, Claudia N. A. **Violência contra a mulher e mídia: um estudo sobre a influência da mídia nas violências cometidas as mulheres do município de Macaé/RJ**. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) - Universidade Federal Fluminense, Rio das Ostras, 2011. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/4976/1/TCC%20CLAUDIA%20NOLASCO.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2020.
- PORTO, Maria S. G. A violência entre a inclusão e a exclusão social. **Tempo Social, Rev. Sociol. USP**, São Paulo, 12(1), p.187-200, 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702000000100010-&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 1 abr. 2020.
- RIBEIRO, Fernanda; TEMER, Ana C. R. P. As mulheres vítimas de violência sob o olhar do feminino no jornalismo. *In*: XV Congresso de Ciências da Comunicação na Região Centro-Oeste, 2013. **Anais eletrônicos[...]**. Rio Verde: Intercom, 2013. Disponível em: <http://portalintercom.org.br/anais/centrooeste2013/resumos/R36-0819-1.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2020.

- RONDELLI, Elizabeth. Imagens da violência - Práticas Discursivas. **Tempo Social, Rev. Sociol. USP**, São Paulo, 10(2), p. 145-157, 1998. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-20701998000200009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 1 abr. 2020.
- SILVA, Sergio G. Preconceito e Discriminação: as bases da violência contra a mulher. **Psicologia, ciência e profissão**, 30(3), p. 556-571, 2010. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/pcp/v30n3/v30n3a09.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.
- SODRÉ, Nelson W. **História da Imprensa no Brasil**. 4^a ed. com capítulo inédito. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.
- SOUSA, Jorge P. As histórias da imprensa de Nelson Werneck Sodré e de José Manuel Tengarrinha: uma comparação. *In*: XXXIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 2010. **Anais eletrônicos[...]**. Caxias do Sul: Intercom, 2010. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/sousa-jorge-as-historias-da-imprensa-de-nelson-werneck-sodre.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2020.

Capítulo V

A nova política ambiental do Brasil: uma análise da denúncia do Presidente Bolsonaro ao Tribunal Penal Internacional

Giovanna de Sá da Cunha

Graduanda em Direito pela Faculdade
Baiana de Direito e Gestão

A nova política ambiental do Brasil: uma análise da denúncia do Presidente Bolsonaro ao Tribunal Penal Internacional

RESUMO

O presente artigo versa acerca da nova política ambiental brasileira que começou a ser instituída no governo do presidente Jair Bolsonaro, como também pretende analisar a consolidação das políticas de governança ambiental no Brasil. Além disso, demonstra o crescimento das queimadas na Amazônia e os dados alarmantes que violam normas do Direito Internacional Ambiental. Outrossim, verifica a importância global da floresta, não só atrelada a sua fauna e flora, mas também por ser habitação tradicional de uma grande população indígena, o que inclui direitos inalienáveis. Mais: há aqui o comprometimento em demonstrar a inexistência do crime de “ecocídio” perante o Estatuto de Roma que rege o Tribunal Penal Internacional e a impossibilidade de manutenção da denúncia ao presidente em respeito ao princípio constitucional da legalidade.

Palavras-chaves

Nova política ambiental; Queimadas na Amazônia; Tribunal Penal Internacional.

THE NEW BRAZILIAN ENVIROMENTAL POLICY: AN ANALISYS OF THE PRESIDENT BOLSONARO REPORT TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

ABSTRACT

The present article talks about the new Brazilian enviromental policy which started to be imposed in the current president Jair Bolsonaro government, also it intends do analyze the consolidation of the policies of enviromental governance in Brazil. Besides that, it illustrate the burnings in Amazonia, and the alarming data which violate the norms of the International Enviromental Law. Moreover, it verifies the global importance of the forest, not only tied to its flora and fauna, but also for being the traditional habitat of a large indigenous population, which includes inalienable rights. Even more: it is committed to demonstrate the inexistence of the crime of “ecocide” in front of the Rome Statute that rule the International Court Law and the impossibility of keeping the denounce to the presidente in respect to the contitutional principle of legality.

Keywords

New enviromental policy; burnings on Amazonia; International Court Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar como foi consolidada as políticas de governança ambiental no Brasil, suas influências em decorrência de pressões e avanços do Direito Internacional Ambi-

ental como também os primeiros passos brasileiros na elaboração de normativos em relação ao Direito Constitucional do meio ambiente. Ademais, vale lembrar que o Direito Internacional, a Organização das Nações Unidas, tratados multilaterais, Convenções e novos estatutos foram de extrema importância para o chamado “ecodesenvolvimento”.

Entretanto, as novas configurações políticas brasileiras acabaram por representar um retrocesso no desenvolvimento das boas políticas ambientais que o país já estava se propondo a realizar. Além disso, os dados aqui apresentados de diversos dos institutos de pesquisa, acerca do meio ambiente brasileiro, demonstraram a negligência do governo para com a preservação da floresta Amazônica, constituindo assim uma espécie de crise ambiental, além de que foram geradas no panorama do Direito Internacional que está cada vez mais envolvido na tentativa de um “humanismo ecológico”.

Mas, a problemática central se encontra nas questões políticas brasileiras que tem interferido negativamente no processo de solução desse conflito interno que se dissipou para o plano internacional. Outrossim, há também uma dificuldade governamental de enxergar a Amazônia como um dos fatores essenciais para um desenvolvimento sustentável global.

Ademais, o governo Bolsonaro tenta deixar de lado a problemática alarmante das queimadas no ano de 2019, ignorando o papel fundamental da mesma para o equilíbrio global diante do seu vasto território e da sua importante fauna e flora, além de que a mesma constitui habitação tradicional de diversas populações indígenas.

No cenário em que questões de governabilidade motivadas por interesses de grupos econômicos que apoiaram politicamente o governo têm se sobreposto à importância mundial da floresta amazônica. Tal cenário é claramente delineado a partir das declarações controversas do Presidente Jair Bolsonaro e da sua equipe, além do desmonte de órgãos importantes para o cuidado com a Amazônia.

Diante disso, vale lembrar a importância da floresta amazônica que tem seu território dividido entre vários países, mesmo que sua maioria seja em solo brasileiro. Tais detalhes têm gerado con-

trovêrsias quando se trata de soberania *versus* proteção. Foi a partir dessas controvérsias que foi proposta uma denúncia ao presidente Jair Bolsonaro em agosto de 2019 perante o Tribunal Penal Internacional alegando que ele havia cometido o crime de ecocídio.

Todavia, desde a constituição da ideia de um Direito Penal Internacional, para alguns críticos a estruturação e funcionamento do Tribunal Penal Internacional esbarram nas questões de soberania dos Estados. É justamente por essa falta de consolidação que a doutrina do Direito Internacional e o Tribunal Penal Internacional questiona a autonomia da tipificação do ecocídio, à luz no dispositivo no Estatuto de Roma de 1998 que institui o Tribunal Penal Internacional.

Este artigo discute soluções para as problemáticas acerca da governança da Amazônia, considerando a expansão da Responsabilidade de proteger, todavia é preciso cautela, mesmo que se trate de um direito à prevenção e à proteção, além de ser um meio para diminuir as polarizações políticas que desencadeiam problemas ambientais na região.

2. DE UMA TRAJETÓRIA AMBIENTAL PIONEIRA NO BRASIL À POLÍTICA DE NEGLIGÊNCIA DO GOVERNO BOLSONARO

As políticas ambientais do Brasil começaram a ser delineadas na década de 1930. Um aspecto importante é que a evolução de um Direito Ambiental brasileiro se deu em decorrência do avanço e da pressão de organismos internacionais e multilaterais como o Banco Mundial, sistema ONU – Organização das Nações Unidas, e o movimento ambientalista de ONGs. Outrossim, até pouco tempo atrás o estudo do meio ambiente no campo das ciências jurídicas ocorria como uma variante do Direito Administrativo, consoante a formação das políticas ambientais brasileiras que se baseia em diversos aspectos da organização legislativa da administração pública.

Dessa maneira, foram dados os primeiros passos na elaboração de normativos afetos à gestão dos recursos naturais, tais como o Código de Águas e o Código Florestal, ambos instituídos em 1934. Já na década de 1970 foi realizada a Conferência de Estocolmo¹ para o Meio Ambiente Humano e o Brasil participou da conferência com a posição de defesa à soberania nacional.

Ademais, desde a década de 1970 até a década de 1980 já se esboçavam futuros aspectos constitucionais que emergiram em 1988 ganhando um novo ímpeto (MOURA, 2016, p. 14). Desse modo, o reconhecimento na Constituição Federal da preservação do meio ambiente como uma questão pública, assim como do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado² foram marcos para as noções ambientais da atualidade.

Na década de 1980, surgiu um grande número de ações governamentais para gerir racionalmente a Amazônia. No governo do presidente João Figueiredo, em 1981, foi criado o Sistema do Meio Ambiente Nacional (SISNAMA) e o Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama) (BEZERRA, 2015). Com eles estabeleceu-se o principal objetivo da política brasileira quanto ao meio ambiente: “a preservação ambiental propicia a vida, visando assegurar, no país, condições para o desenvolvimento socioeconômico, os interesses da segurança nacional e a proteção da dignidade da vida humana”.

Destarte, vale lembrar que a introdução do Capítulo de Meio Ambiente à Constituição Federal coincidiu com a intensificação, em nível internacional, dos debates sobre meio ambiente, uma vez que ocorreu logo após a realização, pelo PNUMA³, do Relatório Bruntland⁴, mais conhecido como Nosso Futuro Comum, em 1987, que marcou com estabelecimento do conceito de desenvolvimento sustentável.

Ademais e diante de tal trajetória de políticas ambientais, ao situar o Brasil perante o panorama internacional ocorreu no país a Rio-92 (Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD). Na mesma década e diante avanços internacionais sobre o direito ambiental em 1998 foi estabelecida no Brasil a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), com isto o país tornou-se um dos poucos a possuir um direito penal ambiental.

Todavia, na primeira década do século XXI, a Europa e os Estados Unidos, estavam passando por conjecturas políticas e econômicas atribuladas, e mesmo que tais potências mundiais fossem como um termômetro para o Direito Internacional, a evolução da trajetória ambiental brasileira não foi deixada de lado e com isso ocorreu em 2012 a realização da Conferência Rio+20 (Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – CNUDS) que marcou os vinte anos da realização histórica da Rio-92.

Desde então, o país parecia avançar no que diz respeito a uma governança ambiental (DAWBOR, 2012), até porque o governo brasileiro vinha trabalhando em prol do combate às queimadas, desmatamento e devastação, destacando-se o Programa Amazônia Sem Fogo, de 1999; o Plano da Amazônia Sustentável (PAS) de 2008 para o desenvolvimento sustentável da Amazônia; e o Plano de Ação e Prevenção Contra o Desmatamento na Amazônia Legal, com efetividade até 2020. (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2008). Todavia, as problemáticas da administração pública, crises econômicas e questões de governabilidade também se tornaram impasses na evolução de políticas ambientais no Brasil.

2.1. Uma nova política ambiental do Brasil na contramão de um desenvolvimento sustentável global (?)

Os primeiros 10 meses do governo Bolsonaro foram bastante controversos no que diz respeito à temática ambiental, podendo-se dizer que desde os avanços das políticas de gestão ambiental em 1934, a atualidade brasileira tem sido apontada como um momento de extrema negligência perante a necessidade de um meio ambiente equilibrado, este que é tido como um bem público, de responsabilidade comum tanto dos governos como da sociedade e de suas instituições (MOURA, 2016, p. 13).

Entretanto, desde o processo eleitoral de 2018, o até então candidato Jair Bolsonaro, dava algumas declarações sobre até mesmo cogitar uma possível inexistência de um Ministério do Meio Ambiente⁵, mas, mesmo com a sua manutenção, este acabou perdendo força e prestígio por adotar políticas que contrariam as propostas do direito internacional ambiental. Todavia, mesmo que as noções deste sejam inspirações no livre uso de suas propriedades e que haja ponderações acerca dos direitos de um Estado soberano, ninguém pode utilizar-se disso de uma maneira que prejudique direito de terceiros ou de uma comunidade.

Ademais, tal recuo para a manutenção do Ministério, decorre ante o receio de setores do agronegócio brasileiro, devido à preocupação com as eventuais repercussões negativas que tal decisão implicaria para as exportações agropecuárias, assim como com os impactos futuros sobre os próprios processos produtivos. Inclusive, foi nesse contexto, porém, que o titular do Ministério, Ricardo

Salles, atribuiu à questão da mudança do clima um caráter de “assunto da academia”.

No entanto, a política adotada pelo Ministro esquece que o “assunto da academia”, também é uma pauta pertinente, há muito tempo, na ordem do Direito Internacional, inclusive, tais questões se traduzem em dois princípios complementares: a soberania permanente de cada Estado, proclamado em 1974 pela Assembleia Geral da ONU, que reitera o dever de garantir que atividades que estejam sob sua jurisdição ou poder não afetem adversamente o ambiente de outros estados ou áreas além dos limites de sua jurisdição nacional, e o princípio chamado de “*no harm principle*” ou “princípio de não prejudicar” (DUPUY, 2019, p. 2).

O governo tem “esquecido” também do papel fundamental que a Amazônia desempenha na preservação do equilíbrio global já que a floresta tem 40% do seu território dividido entre outros países⁶, como também da atuação do Brasil ante os organismos internacionais. Não obstante, já no primeiro mês do ano de 2019, o Ministro do Meio Ambiente confirmou a extinção da Secretaria de Mudanças do Clima e Florestas, sendo a agenda climática transferida para uma assessoria com estrutura menor, como também realizara um brutal corte no orçamento destinado às ações de combate e mitigação dos efeitos da mudança do clima, mostrando assim as novas delimitações políticas de governança ambiental. Outrossim, apesar da manutenção do MMA, todas as decisões e cargos do Ministério têm sido submetidos, previamente, à anuência do setor agrícola.

Além disso, existem outras duas grandes problemáticas na nova estruturação das políticas ambientais, a primeira delas foi a transferência da Agência Nacional de Águas (ANA) para o Ministério do Desenvolvimento Regional, com isso a Lei 9.433/1997, estabelece em seu artigo primeiro⁷ que os usos múltiplos da água devem ser garantidos priorizando-se, em qualquer situação, a dessedentação humana e animal. Todavia, a realocação da ANA, a um ministério de desenvolvimento, compromete o mandamento legal de garantia da quantidade e da qualidade da água para as atuais e futuras gerações⁸, ou seja, uma ação no mínimo imprudente passar a outorga da água para um dos setores demandantes desse recurso natural.

A outra problemática é a de que o Serviço Florestal Brasileiro, que tem por finalidade a garantia da sustentabilidade na exploração manejada de recursos florestais, seja transferido do MMA para um ministério que tem por finalidade o fomento às atividades agropecuárias, demonstrando assim mais uma ação do governo na tentativa de atender apenas as necessidades de uma parcela de seus apoiadores, portanto, florestas nativas não serão prioridades em um governo que se propõe desde o início a expandir a atividade agrícola.

Vale lembrar que todas as práticas governamentais têm sido fundamentadas mediante declarações de que a “Amazônia é nossa”, reiterando a soberania do Estado brasileiro e o fato de que 60% da floresta está em território brasileiro. Além disso, todas as práticas e declarações nos últimos meses de governo, demonstram, a ausência de lastro técnico tanto do Presidente como do Ministro do Meio Ambiente sobre as pautas ambientais que nas últimas décadas estavam sendo delineadas com amparo nos critérios internacionais. Logo, tais questões são a clara evidência de que o governo tem se proposto a beneficiar alguns setores políticos e econômicos, à custa da exploração predatória da natureza, sem se ater aos prejuízos em escala nacional e internacional.

É preciso situar os avanços e pressões internacionais que ocorrem desde uma consolidação do direito ambiental internacional e a situação do Brasil perante tal panorama. Portanto, quanto às novas políticas ambientais brasileiras na contramão de um desenvolvimento sustentável global, destacam-se alguns compromissos que o país vem assumindo ao longo da sua trajetória de governança ambiental.

Destarte, o Brasil assumiu o compromisso de conter a perda da biodiversidade ao ratificar a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica (CDB), e de reduzir emissões de gases de efeito-estufa com a ratificação da Convenção sobre Mudanças Climáticas (UNFCCC). Tais compromissos tornam prioritária a identificação das áreas mais ameaçadas pela perda da vegetação e dos locais que mais contribuem para o sequestro de carbono (PEIXOTO, 2016, p. 81).

As atuais delimitações das políticas ambientais brasileiras, demonstram que o caminho governamental encontra-se na con-

tramão de um desenvolvimento sustentável global, que inclusive já foi assumido anteriormente, até porque na atualidade as matérias concebidas pelo Direito Internacional Ambiental ultrapassam os limites considerados inesperados e que eram concebidos no domínio exclusivo dos Estados (GUERRA, 2017, p. 624).

3. AS QUEIMADAS NA AMAZÔNIA: O BRASIL NO CENTRO DE UMA CRISE AMBIENTAL INTERNACIONAL

O Brasil é um país detentor de uma das maiores biodiversidades do planeta, esta que significa:

[...] a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos, e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo, ainda, a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas. (Convenção sobre a Diversidade Biológica, 1992)

Logo, essa biodiversidade está associada a serviços ecossistêmicos cruciais à economia e à sociedade, principalmente em plano internacional. E é justamente devido ao papel que o Brasil vem assumindo nos últimos anos no plano internacional, que o governo Bolsonaro tem se colocado no centro de uma crise ambiental. Papel este claramente delineado pela participação do país como parte da convenção da UNESCO para a Proteção do Patrimônio Mundial o que significa que são colocados sob um regime de controle bastante rigoroso no que respeita à salvaguarda sua integridade. E a nível regional, o Brasil também subscreveu um número de compromissos, em particular sob o Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA) que prever, ações de proteção coletiva e vigilância da floresta amazônica (DUPUY, 2019, p. 3).

Estes compromissos que o Brasil vinha assumindo em decorrência das ameaças de destruição ao patrimônio ambiental que ocorrem por diversos fatores, seja pela evolução da vida social ou por questões econômicas, e no caso hodierno por negligência do governo Bolsonaro. Além disso, a convenção da UNESCO ainda reitera que a degradação ou o desaparecimento de um bem do patrimônio cultural e natural constitui um empobrecimento efetivo do patrimônio de todos os povos do mundo, que é justa-

mente aí que o Presidente tem se equivocado. Portanto, faz-se necessário conceituar o que seria uma crise ambiental e conceitua-la entre a área temática concebida como “meio ambiente” e as relações internacionais como campo do saber (BARROS-PLATIAU, 2004, p. 3). Ademais, uma importante ressalva para essa perspectiva é que as problemáticas que constituem a situação de crise ambiental, perpassam as fronteiras territoriais dos Estados nacionais, logo demandam assim uma ação conjunta de todos os atores envolvidos.

Desse modo, não há melhor definição para crise ambiental como a postulada pela professora Ana Flávia Barros-Plataiu, ao considerar e dividir a realidade mundial do meio ambiente em duas esferas:

Uma denomina-se “Mundo”, por cristalizar a gama de interações políticas, econômicas e sociais entre os indivíduos do globo. A outra será chamada de “Terra” pela capacidade de apreensão do conjunto das coisas físicas ou naturais. Portanto, a crise ambiental será aqui definida como a incongruência entre Terra e Mundo, ou seja, entre um espaço físico e outro socialmente construído. Todavia, se a crise é baseada na incongruência então, a sua solução, de forma geral, deveria estar baseada na convergência entre ambos. (2004, p.4)

Portanto, para que possa conciliar o bem-estar aos indivíduos adjunto a uma conservação e uma utilização racional dos recursos naturais é preciso que haja uma sistematização entre crescimento econômico, globalização, tecnologia e um bom aproveitamento dos recursos naturais necessários pra o tal bem-estar dos indivíduos. Dessa maneira, o Relatório da Comissão Brundtland, Nosso Futuro Comum, reforçou e politizou o termo “desenvolvimento sustentável”, ou seja, o desenvolvimento que atende as necessidades do presente sem comprometer a habilidade das gerações futuras de atender suas próprias necessidades⁹. Outrossim, abordagem importante feita no mesmo relatório é a de que:

Há só uma Terra, mas não só um Mundo. Todos nós dependemos de uma biosfera para conservar nossas vidas. Mesmo assim, cada comunidade, cada país luta pela sobrevivência e pela prosperidade quase sem levar em consideração o impacto que causa sobre os demais. (Relatório Nosso Futuro Comum, 1987).

Entretanto, o governo do Presidente Jair Bolsonaro tem colocado o Brasil e a Amazônia, que é um bem do patrimônio cultural e natural, numa posição na contramão dessa governança ambiental que fora construída com primazia nas últimas décadas no país, ou seja, não tem conseguido se propor a conciliar um desenvolvimento sustentável com a manutenção e otimização dos recursos naturais. Além disso, é possível perceber que há políticas negligentes e práticas anti-ambientais que englobam as ações do governo Bolsonaro. Não é à toa que de janeiro a agosto de 2019, foi um período com recorde de queimadas na floresta, em que a metade menos protegida do bioma registrou 81% dos focos de fogo identificados por satélites¹⁰.

Ademais, o Ipam constatou que 33% dos focos de fogo ocorreram em propriedades rurais privadas – que, em extensão territorial, representam 18% do bioma. Outros 20% dos pontos de fogo estão em florestas públicas não-destinadas, como são chamadas terras públicas de destino ainda indefinido e que, na prática, acabam se transformando em terra de ninguém, alvo fácil de grilagens. Esse tipo de área corresponde a mais 15% da Amazônia. Os assentamentos de reforma agrária tiveram 18% dos focos de incêndio, apesar de ocuparem apenas 8% das terras da região. Mais 10% das queimadas ocorreram em áreas sem cadastro, ou seja, cuja situação fundiária se desconhece, porque faltam registros (IPAM, 2019).

Mais: vale lembrar que a nota técnica do Instituto, destaca que o Decreto 9.992/19, publicado em 29 de agosto de 2019 pelo governo federal, estabelecendo a proibição do uso do fogo por 60 dias, se efetivo, trará redução no número de focos nos próximos dois meses. Outrossim, o relatório ainda alerta que a combinação de altas taxas de desmatamento e anos de seca severa poderá resultar um quadro ainda pior do que o visto neste ano.

Outros dados que chamam atenção são os obtidos pelo Instituto Nacional de Pesquisa Espaciais, a partir do Banco de Dados de Queimadas¹¹, que constatam que os incêndios na Amazônia em agosto de 2019 queimaram 29.944 km² do bioma, o equivalente a 4,2 milhões de campos de futebol, segundo dados do Inpe (Instituto Nacional de Pesquisa Espaciais). O território queimado é mais de quatro vezes maior do que o registrado em agosto de 2018,

quando foram queimados 6.048 km². Ao todo, a Amazônia tem 5,5 milhões de km², sendo 4,19 milhões de km² em nove estados brasileiros.

Não é à toa que o jurista francês Pierre-Marie Dupuy, diante dessas informações e declarações do presidente, vem com diversos questionamentos acerca do que Bolsonaro pode ou não fazer dentro da lei, e ainda coloca a Amazônia como o “pulmão” do planeta:

cela signifie t'il nécessairement que le Brésil puisse gérer comme bon lui semble « le poumon de la planète»? E ainda: Monsieur Bolsonaro peut-il légalement rendre la planète phtisique en raison des seuls choix de développement qu'il a décidés? (2019, p. 2)

Deixar o planeta *phtisique* que em português significa “tuberculoso” faz parte da noção que o presidente deveria ter que suas ações governamentais influenciam a coletividade internacional como um todo, que além de prejudicar um dos territórios com a maior biodiversidade do mundo gera danos irreparáveis a uma grande população indígena que ali habita, ou seja, os danos não se resumem a fauna e a flora da região, mas também é um prejuízo ao habitat dos povos que ali estão. Logo, parece que o mundo inteiro reconhece a noção e a importância do pulmão do planeta, menos o nosso presidente.

3.1. A negligência governamental perante as queimadas na Amazônia como um atentado ao Direito Ambiental Internacional

Ao analisar o Direito Internacional Ambiental contemporâneo e o seu processo de consolidação durante o tempo é possível destacar que uma das suas principais características consiste na proliferação de tratados, convenções e protocolos internacionais e multilaterais e bilaterais voltados para a proteção ambiental (GUERRA, 2017, p. 624), inclusive tais manifestações facilitam a cooperação internacional, princípio apresentado na Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano¹² de 1972.

Ademais, a denominação Direito Ambiental Internacional já vem sendo aceita pelos organismos internacionais, todavia, Nascimento Silva enfatiza que:

[...] a expressão direito ambiental internacional é cômoda, mas não se trata de um ramo autônomo do direito; no fundo é uma manifestação das regras de direito internacional, desenvolvidas dentro de um enfoque ambientalista. (SILVA, 1995, p. 5)

Logo, a comunidade global, diante desse processo de consolidação da manifestação das regras do direito internacional, o que tem acarretado em um Direito Ambiental Internacional, tem tentado construir o que Siqueira Castro chama de “humanismo ecológico”, traduzindo assim a importância de se possuir tal ramo jurídico voltado ao meio ambiente numa perspectiva global.

Vale lembrar, que o Direito Internacional Ambiental, como criador de normas ambientais que geram direitos e obrigações para os atores internacionais e para os Estados, desse modo, visa uma melhoria da vida e da qualidade de vida para as futuras gerações (GUERRA, 2017, p. 625), portanto é visível que tal processo faz parte da *consciência jurídica universal* (como fonte material última de todo Direito), sendo de suma importância aquilo que Pierre-Marie Dupuy afirma que é hora de lembrar a todos que o direito internacional também é uma herança comum da humanidade (2019, p. 6).

Outrossim, há o disposto na “Declaração do Milênio” das Nações Unidas, dentre os valores fundamentais considerados essenciais para as relações internacionais no século XXI, está incluído o “respeito pela natureza” (FONSECA, 2007, p. 121), tal menção faz parte da noção da necessidade de proteção ao meio ambiente comum e reafirma um compromisso com o direito das futuras gerações que se apoia em princípios consagrados na Agenda 21¹³.

Entretanto, os primeiros 10 meses do ano de 2019 têm demonstrado uma atuação ou a falta de atuação das políticas públicas ambientais brasileiras, assim como tanto o Presidente Jair Bolsonaro e o atual Ministro do Meio Ambiente Ricardo Salles têm dado declarações que demonstram claramente o papel omissivo e negligente que o governo tem optado com o meio ambiente. Além disso, ambos têm se proposto a negar dados, cortar verbas, além da clara omissão na contenção dos incêndios na Amazônia¹⁴.

É preciso ter em mente também o papel que a floresta amazônica desempenha perante a comunidade internacional, cabendo aqui o que Adherbal Meira Mattos diz a respeito da mesma:

In accordance to International Law, in the New World Order, the Amazon Region deals with Development, Environment, Cooperation and, of course, Sovereignty, in political, economic and social issues, like health, trade, research and natural resources. (2017, p. 1117)

O que o atual governo parece ter esquecido é do comprometimento do Estado com a obrigação legal de se prevenir danos ambientais transfronteiriços e da cooperação para o gerenciamento dos riscos ambientais (FONSECA, 2007, p. 127). Destarte, vale lembrar que a sociedade global já reconhece a Amazônia como um bem comum universal devido a sua extensão e seu papel ambiental que engloba questões climáticas que influenciam internacionalmente. Os dados do INPE já deixam clara a dimensão que as queimadas tomaram a partir do registro de 76.720 focos de incêndios no período entre 1 de janeiro e 22 de agosto de 2019, o que representa 85% a mais do que no mesmo período de 2018 (quando houve 41.400)¹⁵.

Ademais, o presidente em suas declarações tenta sempre ressaltar a soberania do Estado brasileiro além de querer posicionar a Amazônia como patrimônio unicamente do Brasil esquecendo da sua influência num panorama ambiental global e dos 40% da mesma em outros países, além de que já que existe o a noção da internacionalização da Amazônia devido ao discurso da mesma como “pulmão do mundo”. Até porque, cobrindo aproximadamente 60% de toda América Latina, a Amazônia compõe região de extrema relevância estratégica. Suas paisagens atravessam a larga fronteira — 11.300 quilômetros — de nove Estados amazônicos, na denominada Pan-Amazônia: Brasil, Equador, Peru, Colômbia, Bolívia, Venezuela, Guiana, Suriname e Guiana Francesa (PENNA FILHO, 2015, p. 645).

Todavia, mesmo que, o direito internacional “tradicional” esteja fundamentado na soberania territorial dos Estados, no âmbito dos regimes ambientais, fora consolidado um *corpus* de normas internacionais que restringem a ação dos Estados, em nome dos interesses gerais da comunidade internacional (FONSECA, 2007, p. 125).

Com isso, vale lembrar que o Brasil ao fazer parte da Declaração de Estocolmo, em que nesta há a previsão, no princípio número 2, à responsabilidade de assegurar que as atividades estatais não

causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou de áreas além dos limites da jurisdição nacional. Entretanto, a conduta negligente e omissa do governo brasileiro para com as queimadas não causa um dano direto, porém, o não agir faz com que a problemática se amplifique gerando assim efeitos para outros Estados, seja numa perspectiva climática ou nas relações econômicas, até porque a Amazônia exerce papel fundamental em ambas.

Portanto, a gerência da nova política ambiental brasileira tem esquecido de ver a Amazônia, a partir da perspectiva do Desenvolvimento Sustentável, que significa prezar pela contenção do desmatamento, por menos poluição, e por atividades econômicas menos predatórias (COSTA VAZ, 2018, p. 5) até para que tal processo se encontre em consonância com a noção do Direito Internacional Ambiental de ecodesenvolvimento. Mesmo que o tempo que se leva para a concertação de ações preventivas ou corretivas, no plano internacional, é demasiado longo; e que alguns dos impactos ao meio ambiente podem ser irreversíveis. É à luz dessas conclusões que deve ser avaliada a importância que o direito internacional do meio ambiente guarda para a humanidade (FONSECA, 2007, p. 127).

4. A DENÚNCIA DO PRESIDENTE BOLSONARO AO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Para que se possa abordar a existência e uma legitimidade de um direito penal internacional é preciso demonstrá-lo como um fenômeno recente consolidado no período pós-guerra. Desse modo, na década de 1990 abriram-se novas perspectivas para as Nações Unidas e o seu Conselho de Segurança (CSNU), o mesmo nesta época estabeleceu dois tribunais penais *ad hoc* com vistas a processar e julgar indivíduos responsáveis pelas atrocidades realizadas na “limpeza étnica” da Bósnia e para o genocídio ocorrido em Ruanda¹⁶.

Além disso, tal ação se tratou de uma resposta improvisada, que fez impulsionar uma ideia antiga, discutida nas Nações Unidas nos anos 1940: a criação de um tribunal penal internacional de caráter permanente (CARDOSO, 2012, p. 19). Outrossim, muitos juristas consideram que a criação de um Direito Internacional Penal é advinda da criação do Tribunal de Nuremberg, para o

juízo de nazistas, tendo em vista a rendição incondicional da Alemanha. O mesmo teve competência para processar e julgar crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, que primeira vez eram formulados como tipos penais internacionais, tendo seu principal mérito o de reconhecer a responsabilidade penal individual no âmbito internacional (GUAJARDO, 2004; GEIGER, 2004).

Entretanto, essa ideia sempre esbarrou na contraposição entre soberania dos Estados e jurisdição penal internacional, a esse respeito, é importante lembrar que a ordem internacional se tem caracterizado, numa perspectiva habermasiana, pela limitação consensual da soberania estatal, o que justifica a complementaridade das jurisdições internacionais (CLEMENTINO, 2010, p. 53). Ademais, convém ressaltar uma dicotomia existente na doutrina internacional quanto a um Direito Internacional Penal e um Direito Penal Internacional:

[...] o direito internacional penal indica o conjunto de normas produzidas no plano internacional como forma de repressão aos crimes internacionais, enquanto o direito penal internacional engloba normas de direito interno, criadas pelo poder político estatal, conferindo legitimidade às jurisdições nacionais para julgar crimes internacionais. (CLEMENTINO, 2010, p. 53)

Portanto, o Direito Internacional Penal (DIP), teria por objetivo a prevenção e a repressão de crimes mais graves de transcendência internacional como também visa impor penas privativas de liberdade a indivíduos responsáveis por estes crimes graves. Ademais, vale lembrar que as normas do Direito Internacional Humanitário (DIH), por sua vez, constituiriam um dos substratos essenciais para a configuração do regime do Tribunal Penal Internacional (CARDOSO, 2012, p. 52) e que esta aproximação com DIH seria decorrente da frequente ocorrência de crimes graves em situações de conflito armado.

Somente em 1996, após sucessivas discussões em diversos órgãos e com dificuldades na obtenção de consenso na sociedade internacional, a Assembleia Geral convocou uma conferência para conclusão de uma convenção para criação de um tribunal penal internacional, esta foi previamente marcada para junho de 1998, com sede em na Itália a partir da Conferência Diplomática de

Roma que teve início em 15 de junho de 1998, com o objetivo de aprovação do estatuto de um tribunal penal internacional.

O Tribunal Penal Internacional configura uma construção jurídica notável que representa uma visão bastante realista do processo histórico, consistindo no marco de consolidação de uma jurisdição universal permanente para repressão de crimes internacionais. (CLEMENTINO, 2010, p. 55)

Destarte, foi a partir da atual autonomia que reveste o Direito Internacional Penal como disciplina formada ante a imbricação entre princípios e normas de direito internacional público e de direito penal (CLEMENTINO, 2010, p. 55), que um grupo de juristas brasileiros, diante do avanço do desmatamento e das queimadas na Amazônia, preparou desde 23 de agosto uma denúncia contra o presidente Jair Bolsonaro por ecocídio, a ser apresentada ao Tribunal Penal Internacional (TPI), em Haia, na Holanda, os mesmos, argumentam que Bolsonaro pode ser responsabilizado pelo aumento dos danos na Amazônia em 2019 devido à demora da resposta contra as queimadas na região e à atual política ambiental do governo. A ação está sendo articulada por especialistas em direitos humanos, direito ambiental e internacional.

4.1. A (in)existência do crime de ecocídio no Estatuto de Roma e uma análise da conduta do presidente perante o artigo 7º alínea (k) do Decreto nº 4.388 de 2002

Mormente, é preciso tentar definir o que seria o crime de ecocídio, que de certo modo caracteriza-se pela ofensa massiva ao meio ambiente capaz de provocar a morte de animais ou vegetais, ou de tornar inapropriados o uso das águas, o solo, subsolo e/ou o ar, ocasionando graves danos à vida humana (GORDILHO; RAVAZZANO, 2017, p. 690). Entretanto, o mesmo não está elencado expressamente no rol de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional, todavia, a tendência atual é de que seja ampliada a concepção da proteção internacional dos direitos humanos, incluindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, mesmo que este não esteja expressamente previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no entanto, cabe ressaltar que faz parte do bloco de constitucionalidade contemporâneas.

Foi dessa maneira que no dia 15 de setembro de 2016 a Procuradoria do Tribunal Penal Internacional publicou seu *Policy Paper on Case Selection*¹⁷, um documento que expõe as principais diretrizes a serem adotadas por aquela Procuradoria na instauração de investigações de crimes sob a competência do Tribunal. Com isso, a publicação diz:

Sobre a maneira de agir, serão levados em conta os meios utilizados para a prática delitiva, de que maneira foram praticados de maneira sistemática ou resultaram de um plano ou uma política organizada, se resultou de abuso de poder, se há elementos demonstrando uma crueldade anormal, inclusive em relação à vulnerabilidade das vítimas, quaisquer motivo que envolvam discriminação, a comissão e estupros ou outras violências sexuais, e – e aqui chamamos a atenção do leitor – a destruição do meio ambiente ou de objetos protegidos. (STEINER, 2019)

Quanto ao tópico da destruição do meio ambiente, ambientalistas acabaram por interpretar de forma equivocada tal tópico, até porque um *Policy Paper* da Procuradoria do Tribunal não cria, nem poderia criar, figuras penais típicas (STEINER, 2019), como fora propagado acerca de uma suposta existência do crime de ecocídio no rol dos crimes contra a humanidade previstos no art. 7º do Estatuto de Roma¹⁸. Até porque o *Policy Paper* apenas elenca, a destruição do meio ambiente, como um dos fatores de aferição da gravidade que um delito possa ter causado.

Ademais, alguns autores de Direito Internacional, como Heron José de Santana Gordilho, entendem que a publicação do *Policy Paper* da Procuradoria do Tribunal significa uma ampliação da competência do Tribunal Penal Internacional para abarcar o crime de ecocídio (GORDILHO; RAVAZZANO; 2017, p. 701), para ele:

O enquadramento do ecocídio no tipo penal descrito no artigo 7 não configura analogia in malam partem ou interpretação extensiva, ambas vedadas pelo artigo 22 do Estatuto de Roma, mas de interpretação declaratória. (op. Cit.)

Entretanto, este artigo coaduna com o entendimento de Sylvia Steiner ao afirmar que, a premissa da mencionada denúncia é errônea, pois não há crimes contra o meio ambiente no Estatuto de

Roma (STEINER, 2019). O que há são condutas de destruição do meio ambiente como meio, como método de comissão de delitos, tais como crimes de guerra.

Ademais, mesmo se houvesse devida previsão expressa e autônoma do crime de “ecocídio” no Estatuto de Roma, as condutas praticadas pelo Presidente precisariam cumprir as exigências do artigo 7º alínea *k*, tais quais como os requisitos objetivos e subjetivos do tipo, sejam, um ataque generalizado ou sistemático a uma população civil, praticado de forma dolosa, exigindo-se ainda o objetivo político do ataque como fim específico do crime. Todavia, as condutas, omissões e declarações não preenchem tais requisitos que são imprescindíveis para a configuração do crime, pois não houve por parte do presidente a organização efetiva de um ataque, nem a sua realização generalizada, como também o mesmo agiu “apenas” com negligência, com descaso. Além de que, o intuito do mesmo talvez não fosse o cometimento do crime de ecocídio, mas sim diversos outros interesses de cunho político-econômico.

Mais: reitera-se a inexistência da tipificação do tipo de “ecocídio” ante o Estatuto de Roma, como também diferentemente de algumas cortes, o Tribunal Penal Internacional não cria tipos penais por analogia. Dessa maneira, há a grande probabilidade de rejeição liminar da denúncia, em nome do princípio da legalidade estrita dos delitos e das penas (STEINER, 2019) em consonância com o artigo 22 e 23 do Estatuto:

Artigo 22

Nullum crimen sine lege

1. Nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável, nos termos do presente Estatuto, a menos que a sua conduta constitua, no momento em que tiver lugar, um crime da competência do Tribunal.
2. A previsão de um crime será estabelecida de forma precisa e não será permitido o recurso à analogia. Em caso de ambigüidade, será interpretada a favor da pessoa objeto de inquérito, acusada ou condenada.
3. O disposto no presente artigo em nada afetará a tipificação de uma conduta como crime nos termos do direito internacional, independentemente do presente Estatuto.

Artigo 23

Nulla poena sine lege

Qualquer pessoa condenada pelo Tribunal só poderá ser punida em conformidade com as disposições do presente Estatuto.

Vale lembrar que este princípio não é novo na consciência da comunidade internacional e a sua normatização como princípio fundamental de proteção aos direitos fundamentais do ser humano vem espelhado nos mais importantes documentos de proteção desses direitos (STEINER e PÁRET, 2017, p. 757).

5. A EXPANSÃO DA RESPONSABILIDADE DE PROTEGER COMO UMA SOLUÇÃO(?)

Mormente, cabe dizer que é preciso um olhar cauteloso para com R2P, até porque existem preocupações pertinentes quanto à sua politização e instrumentalização por causa da intervenção da OTAN na Líbia, por exemplo. Entretanto, em poucas palavras afirma-se que a R2P versa sobre o direito à prevenção e à proteção, e não ao “direito à intervenção” (MUGGAH, 2013, p. 7), mas essa prevenção é de difícil implementação além de se tratar de assunto controverso para alguns autores.

Uma ressalva é que todas essas propostas são bastantes estimulantes e são inspiradas por uma *généreuse indignation* (DUPUY, 2019, p. 5), essa indignação precisa ser suficiente, pois enquanto muito se discute no meio acadêmico e diante dos obstáculos técnicos e políticos, como diz Pierre-Marie DUPUY, *la forêt brûle* (2019, p.5). Portanto, faz-se necessário que além da discussão se invista nessa prevenção para proteger o ambiente em perigo, entretanto, a prevenção é algo que requer uma defesa convincente para obter sucesso (MUGGAH, 2013, p. 8). Logo:

O Brasil poderia adotar medidas para implementar um ponto focal com relação à R2P, por exemplo, para assim garantir a participação mais efetiva tanto de defensores como de críticos. Os autores também indicam a importância de o Brasil controlar - ou ao menos orientar melhor - a narrativa sobre a RwP. A RwP opera como uma forma de “mitigação de risco”. (MUGGAH, 2013, p.8)

Ademais, a R2P pode ser um meio para diminuir as alegações de politização e de aversão ao uso da força, mas para que isso aconteça é preciso que se invista na “cultura da prevenção” que não são apenas técnicas financeiras; também são normativas e políticas, no entanto a prevenção é algo extremamente difícil de se implementar e requer uma defesa convincente para obter sucesso (MUGGAH, 2013, p.9).

Entretanto, para que isso aconteça algumas controvérsias da política brasileira tem que ser deixadas de lado e aquele Brasil com uma política externa fortemente pautada na aderência ao direito internacional têm que ser retomado. Apesar de que a posição inicial do Brasil em relação ao R2P foi marcada por um forte ceticismo, para Danilo Marcondes de Souza Neto, o Brasil ainda possuiria uma resistência a conceitos como a R2P por identificá-los como interferências dos países desenvolvidos na forma como os países em desenvolvimento devem lidar com suas crises e problemas internos (2011, p.111).

Para o Dr. Simon Adams o uso indevido da R2P degrada o próprio conceito. Embora a clareza de propósito, a proporcionalidade e a precisão continuem essenciais, o desafio primordial é reforçar a política da não-indiferença (2013, p. 92). Todavia, desde o ano de 2013, pouco se desenvolveu acerca do conceito e das graves violações aos direitos humanos, principalmente sendo deixada de lado as questões ambientais que influenciam populações, assim como ocorreu no Brasil no ano passado com os povos indígenas da Amazônia.

Além disso, a chamada *traditional victimology* também ignorou a situação de indivíduos e grupos que tiveram seus direitos humanos violados diante das ações, omissões e negligências dos Estados (HALL, 2013, p. 19) e com isso o conceito de “state crime” foi ficando subdesenvolvido até mesmo perante a criminologia convencional, ou seja, abrindo espaço para a R2P. Vejamos:

De plus, la forêt amazonienne n'intéresse pas seulement la faune et la flore; elle constitue aussi l'habitat traditionnel d'une importante population autochtone dont les droits inaliénables, à commencer par le droit à la vie (et pas seulement à la survie) font l'objet de protection spéciale mais s'inscrivent d'abord tout simplement au rang des droits humains par définition non dérogeables. (DUPUY, 2019, p. 4)

Portanto, qual a solução ideal para o gerenciamento do “pulmão do planeta” diante de um Estado soberano? Cabe aqui atenção a dois princípios: o da soberania permanente de cada Estado sobre seus recursos naturais, proclamado em 1974 pela Assembleia Geral da ONU, tendo os Estados o dever de garantir que atividades que estejam sob sua jurisdição ou poder não afetem adversamente o ambiente de outros estados ou áreas além dos limites de sua jurisdição nacional (DUPUY, 2019, p. 3) – o que não tem acontecido no Brasil, e o “no harm principle”.

Logo, porque retomar esses princípios e falar na Responsabilidade de Proteger? Tudo isso para demonstrar que o Direito Internacional dispõe de diversos dispositivos que são suficientes para que haja a prevenção e a proteção da Amazônia, o que não tem acontecido hodiernamente, logo, não há a necessidade de uma denúncia ao Tribunal Penal Internacional ou a criação do crime de “ecocídio”, e assim como afirma Pierre-Marie DUPUY face à la montée des populismes, il est temps de rappeler à tous que le droit international, lui aussi, est un patrimoine commun de l’humanité.

6. CONCLUSÃO

Por fim, o Brasil avançou muito nas últimas décadas no que tange as políticas de governança ambiental e que o Direito Internacional Ambiental, com seus diversos institutos tem contribuído nesse processo. Ademais, a responsabilidade brasileira de assegurar que as atividades estatais não causem danos ao meio ambiente de outros Estados e da propagação na comunidade global dos conceitos de ecodesenvolvimento e humanismo ecológico, essenciais para políticas ambientais positivas de respeito à natureza.

Todavia, o Brasil com o novo governo acabara por ficar na contramão desse desenvolvimento sustentável global e perante a comunidade internacional que afirma a existência de uma obrigação legal de se prevenir danos ambientais transfronteiriços, de cooperar para o gerenciamento dos riscos ambientais, de utilizar recursos naturais comuns de forma equitativa e de impacto ambiental e estratégias de monitoramento. Porém, como foi visto, o atual governo negligência tais questões perante o descontrole acerca do aumento das queimadas na Amazônia, comprometendo o bem-es-

tar ambiental brasileiro e colocando o país no centro de uma crise internacional ambiental.

Portanto, foi a partir dessas negligências que o presidente Bolsonaro sofreu a denúncia perante o Tribunal Penal Internacional acerca do crime de ecocídio. Entretanto, é preciso reconhecer a inexistência de tal tipo penal perante o Estatuto de Roma e que não houve ampliação da competência material do Tribunal, não sendo aprovada uma emenda prevendo o delito em si e que tal previsão configuraria analogia *in malam partem* vedadas pelo artigo 22 do Estatuto. Logo, há probabilidade de rejeição por liminar da denúncia, em respeito ao princípio da legalidade.

Vale lembrar, que o Direito Internacional prevê diversas outras sanções para ataques ao meio ambiente, e que violar a legalidade na tentativa de ampliar uma interpretação do Tribunal Penal Internacional não é a melhor solução. Ademais, para que haja uma melhor resolução do problema das queimadas na Amazônia é preciso ressaltar que a soberania brasileira e os poderes da União podem e devem agir para conter o aumento da destruição, como também para sancionar determinados entes responsáveis.

Até porque a questão ambiental possui a particularidade de permear todos os níveis de governo, não se equacionando em um único deles, assim, as políticas federais, para serem efetivas, necessitam de uma boa estrutura de relações e de cooperação entre as diferentes esferas de governo, visto que os governos estaduais e locais estão obrigados a cumprir as legislações nacionais, mas participam apenas em caráter voluntário de programas propostos pelo governo federal.

Além disso, como solucionar tal problemática em um plano internacional? A responsabilidade de proteger seria o melhor meio de “intervenção”? Diante de tantas controvérsias acerca da Responsabilidade de Proteger, principalmente quanto a sua instrumentalização talvez a mesma não seja o melhor mecanismo para o problema das queimadas na Amazônia. Outrossim, vale lembrar que o Direito Internacional Ambiental já possui mecanismos suficientes para uma prevenção, resta que as questões governamentais se abram e se comprometam para e com estes meios preventivos, deixando de lado populismos e ações negligentes acerca de um bem tão importante.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, S. M. V. G. **Os fundamentos legais da política nacional do meio ambiente.** In: GANEN, R. S. (Org.). *Legislação brasileira sobre meio ambiente: fundamentos constitucionais e legais.* Brasília: Edições Câmara, 2013. v. 1.
- ALENCAR, A.; MOUTINHO, P.; ARRUDA, V.; BALZANI, C.; RIBEIRO, J.; **Amazônia em chamas: onde está o fogo. Nota técnica do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia.** (IPAM). Setembro de 2019.
- BEZERRA, Joana. **The Brazilian Amazon: Politics, Science and International Relations in the History of the Forest.** 1. Ed. Cham: Springer International Publishing, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 168 p. (Série Legislação Brasileira).
- CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional : conceitos, realidades e implicações para o Brasil / Elio Cardoso; prefácio de Marcel Biato.** — Brasília : FUNAG, 2012.
- CASTRO. Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário.** Rio de Janeiro: Forense 2003.
- CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. **A culpabilidade no Direito Internacional Penal.** Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 51-65, out./dez. 2010.
- CMMAD (Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento). **Nosso Futuro Comum.** Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1988.
- COSTA VAZ, Alcides. **Contra discurso da internacionalização da Amazônia.** Brasília: UNB, rev. acadêmica, 2018. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cadn/XV_cadn/contra_discurso_da-internacionalizacao_da-amazonia.pdf. Acesso em 15 de novembro de 2019.
- DAWBOR, Ladislau. **Entender a Rio+20: balanços e compromissos.** Ladislau Dowbor, 3 set. 2012. Disponível em: <http://dowbor.org/2012/05/8972.html/>. Acesso em 2 de novembro de 2019.
- DUPUY, Pierre-Marie. **Amazonie: le droit international en vigueur apporte des réponses substantielles.** Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 2, p. 2-6, 2019.

- FONSECA, Flávio Eduardo. **A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional.** Rev. Bras. Polit. Int. 50 (1): 121-138 [2007].
- GUAJARDO, Elia Patricia Neri. **Algunas reflexiones en relación al principio de legalidad y de la responsabilidad individual penal en el Estatuto de Roma.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 48, 2004.
- GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GORDILHO, Heron José de Santana; RAVAZZANO, Fernanda. **Ecocídio e o Tribunal Penal Internacional.** Rev. Justiça do Direito. v. 31, n. 3, p. 688-704, set./dez. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v31i2.7841>. Acesso em 2 de novembro de 2019.
- HALL, MATTHEW. **Victims of Environmental Harm Rights, Recognition and Redress Under National and International Law.** 2013. Rotledge Frontiers Of Criminal Justice.
- INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, publishes comprehensive Policy Paper on Case Selection and Prioritisation.** Press Release: 15 September 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf.
- MARCONDES, Danilo. **A Política Externa Brasileira nos Oito Anos do Governo Lula: Legados e Lições para a Inserção do Brasil no Mundo.** In: Nunca Antes na História desse País? Um Balanço das Políticas do Governo Lula. Marilene de Paula (org.). Fundação Heinrich Böll. Rio de Janeiro, 2011.
- MOURA, Adriana Maria Magalhães. **Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas.** 1a. ed. Brasília: Ipea, 2016. v. 1
- MUGGAH, R.; HAMANN, E.P (orgs). **A implementação da responsabilidade de proteger: Novos rumos para a paz e a segurança internacional?** E-book. Instituto Igarapé: Brasília, Brasil - Março de 2013.
- PLATIAU, A. F. B; VARELLA, M. D; SCHLEICHER, R. T; **Meio ambiente e relações internacionais: perspectivas teóricas, respostas institucionais e novas dimensões de debate.** Rev. bras. polít. int. vol.47 no.2 Brasília July/Dec. 2004.
- PEIXOTO, Ariane Luna (org.). **Conhecendo a biodiversidade.** Organizadores Ariane Luna Peixoto, José Roberto Pujol Luz, Marcia Aparecida de Brito. – Brasília: MCTIC, CNPq, PPBio, 2016.

PENNA, Pio Filho. **Interações Regionais e Pressões Internacionais sobre a Pan-Amazônia: Perspectivas Brasileiras.** In: GHELLER, Gilberto F.; GONZALES, Selma L. M.; MELLO, Laerte P.(Orgs). Amazônia e Atlântico Sul: Desafios e perspectivas para a defesa no Brasil. Brasília: IPEA : NEP, 2015.

SILVA, Geraldo Eulálio Nascimento e. **Direito ambiental internacional.** Rio de Janeiro: Thex, 1995.

STEINER, Sylvia. **Não existe crime de ecocídio no Tribunal Penal Internacional.** Rev. Conjur, 29 de Agosto de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-ago-29/sylvia-steiner-nao-existe-crime-ecocido-tribunal-penal-internacional#_ftnref5. Acesso em: 17 de novembro de 2019.

STEINER, S. H.; PÁRET, R. C.; **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional** / B688 Arraes Editores. Ano 103, v. 103, n. 125-130, jul./dez. 2017. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017. (Boletim 100 anos).

NOTAS DE FIM

- 1 Na Conferência de Estocolmo fora produzida uma declaração que apresenta particular interesse em razão dos vários princípios jurídicos que consagram a matéria ambiental.
- 2 Constituição Federal, 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.
- 3 PNUMA: Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.
- 4 O Relatório Brundtland foi realizado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, criada em 1983, em decorrência da reunião de avaliação dos dez anos da Conferência de Estocolmo.
- 5 MMA- Ministério do Meio Ambiente
- 6 O Brasil possui 60% da floresta amazônica em seu território, que também é distribuído entre Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname, Venezuela e Guiana Francesa.
- 7 Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:
[...]
III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;
- 8 Observações contidas na carta de Resposta à nota do Ministro do Meio Ambiente, de 8 de maio de 2019, realizada pelos oito ex-ministros que já ocu-

param a pasta do Meio Ambiente se reuniram para discutir o atual contexto da política ambiental brasileira.

- 9 CMMAD (Comissão Mundial de Meio Ambiente e Desenvolvimento). *Nosso Futuro Comum*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1988, p. 9.
- 10 Amazônia em chamas: onde está o fogo. Nota técnica do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia. (IPAM). Setembro de 2019. Dados divulgados pelo Ipam – organização científica não governamental que atua na região desde 1995.
- 11 O Banco de Dados de Queimadas, realizado pelo Programa de queimadas na Amazônia em parceria com o Ministério do Meio Ambiente, o Fundo Amazônia e o BNDSE, permite em modo interativo análises espaciais e temporais de focos de queimadas e incêndios florestais detectados operacionalmente sobre a América Latina em imagens de satélites, atualizados a cada três horas. Ele foi lançado em versão preliminar em 01/Set/2016 com as opções mais importantes, e está sendo aperfeiçoado. (disponível em: <http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/bdqueimada>)
- 12 Princípio 24 da Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano (1972) - Todos os países, grandes e pequenos, devem ocupar-se com espírito e cooperação e em pé de igualdade das questões internacionais relativas à proteção e melhoramento do meio ambiente. É indispensável cooperar para controlar, evitar, reduzir e eliminar eficazmente os efeitos prejudiciais que as atividades que se realizem em qualquer esfera, possam ter para o meio ambiente, mediante acordos multilaterais ou bilaterais, ou por outros meios apropriados, respeitados a soberania e os interesses de todos os estados.
- 13 A Agenda 21 pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. Sendo assim um instrumento de planejamento participativo para o desenvolvimento sustentável do país, resultado de uma vasta consulta à população brasileira. Foi coordenado pela Comissão de Políticas de Desenvolvimento Sustentável e Agenda 21 (CPDS); construído a partir das diretrizes da Agenda 21 Global; e entregue à sociedade, por fim, em 2002.
Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21>
- 14 Vale lembrar que diversas são as causas dos incêndios na Amazônia como, por exemplo, pela imperícia humana na condução de certos processos produtivos envolvendo o uso da terra; ou de caráter acidental, no processo de agricultura de corte e queima. (Nelson Tembra Blog, 28-08-2019)
- 15 Dados do Instituto Nacional de Investigação Espacial (INPE). disponível em: <http://queimadas.dgi.inpe.br/queimadas/bdqueimada>

- 16 Genocídio cometido pelas forças sérvias da Bósnia e Herzegovina em Srebrenica em 1995 (Massacre de Srebrenica), “limpeza étnica” que ocorreu durante a chamada Guerra da Bósnia entre 1992-1995.
- 17 INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. ICC Prosecutor, Fatou Bensouda, publishes comprehensive Policy Paper on Case Selection and Prioritisation. Press Release: 15 September 2016. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/itemsDocuments/20160915_OTP-Policy_Case-Selection_Eng.pdf.
- 18 Artigo 7º
 1. Crimes contra a Humanidade
 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

Capítulo VI

A (im)possibilidade de responsabilização civil do profissional de medicina por dano iatrogênico em casos de intervenções cirúrgicas estéticas

Henrique Costa Princhak

Bacharel em Direito, graduado pela Faculdade Baiana de
Direito, Advogado e Pós Graduando em Direito Médico, da
Saúde e Bioética pela Faculdade Baiana de Direito

A (im)possibilidade de responsabilização civil do profissional de medicina por dano iatrogênico em casos de intervenções cirúrgicas estéticas

RESUMO

O presente artigo se propõe em analisar e discutir acerca da (im)possibilidade da responsabilização civil do profissional da Medicina, por dano iatrogênico, em intervenções cirúrgicas estéticas. Com o fito de compreender a profundidade da temática, é realizado um exame acerca da responsabilidade do profissional médico, perpassando por conceitos imprescindíveis para o entendimento do assunto, como, por exemplo, a relação médico-paciente, erro médico, iatrogenia e o dever de informação. Por fim, com base nos conceitos abordados ao longo da pesquisa, será discutido se é possível, ou não, a responsabilização dos profissionais médicos por danos iatrogênicos, em caso de intervenções cirúrgicas estéticas, visto que, esta temática é extremamente atual e relevante, devido a crescente popularização destes tipos de procedimentos médicos e pela ausência de uma consonância de entendimentos doutrinários.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil; Erro Médico; Iatrogenia; Cirurgia Estética; Dever de informação.

1. INTRODUÇÃO

Com a evolução da técnica e dos métodos utilizados pela Medicina, surge uma necessidade de se garantir aos pacientes uma segurança para que estes realizem os procedimentos desejados com uma margem de risco reduzida.

Entretanto, há de se registrar, que existe um problema no que tange aos danos causados por situações iatrogênicas, pois percebe-se que esta é uma temática relativamente nova, não havendo uma unanimidade, tanto para a doutrina médica, quanto para a jurídica, acerca de sua conceituação - o que propicia em inúmeros casos concretos, que lesões ocasionadas por iatrogenia, sejam confundidas com o erro médico, isto é, com as ocasionadas devido a uma conduta culposa do profissional.

Portanto, o presente trabalho se propõe a examinar acerca da (im)possibilidade de responsabilizar o profissional da área médica, nos casos de iatrogenia, decorrentes de procedimentos cirúrgicos estéticos, por este ser um tema atual, relevante e que repercute no Direito.

Impende ressaltar que o primeiro capítulo deste artigo se propõe a explicar a responsabilização dos profissionais da área médica, sendo trabalhados conceitos como a relação médico-paciente, erro médico e a iatrogenia – sendo apresentadas as teses doutrinárias que se dispõem a buscar explicar este instituto.

Cumprе acrescentar que o segundo capítulo irá analisar a da natureza da obrigação jurídica das cirurgias estéticas, bem como, tratar do dever de informação dos médicos. Após serem exploradas essas conceituações, será feito um exame em relação a (im) possibilidade de responsabilizar o médico, por danos iatrogênicos, decorrente de cirurgias estéticas, que é o fito deste trabalho.

Ademais, cumpre enfatizar que foi realizada uma pesquisa de natureza bibliográfica, através de livros, artigos e periódicos que abordam a temática. É importante frisar, que este trabalho também possui como base de construção, legislação.

2. A RESPONSABILIDADE DO PROFISSIONAL DA MEDICINA

Desde os tempos mais antigos, discute-se a possibilidade de responsabilização dos profissionais da medicina, em caso de eventuais danos à saúde, ou à vida de outrem.

Contudo, cabe salientar que a ciência médica não é exata, e mesmo com o avanço tecnológico que traz novas possibilidades para a obtenção de melhor estado de saúde, essas técnicas podem comportar riscos aos pacientes (MONDIELLI, 2003, p.14 e 15).

Deste modo, analisar sobre a possibilidade de responsabilizar o médico por danos à saúde e à vida de outro indivíduo, no exercício de sua profissão, é um tema de extrema relevância social, uma vez que estes podem ser considerados os bens mais importantes do ser humano.

Na medida em que todos os indivíduos, de uma maneira geral, estão submetidos a responsabilidade civil, algumas pessoas submetem-se a normas específicas, reguladoras de sua profissão, arte ou ofício que fazem com que uma possível responsabilização ocorra de maneira diferente (PEREIRA,2018, p. 189).

Segundo o artigo 951 do Código Civil de 2002, caberia as disposições gerais que estão presentes nos artigos 948 ao 950, acerca do dever de indenização, para o profissional de saúde, que no exercício de sua profissão, por negligência, imprudência e imperícia, causar a morte do paciente, agravar o mal, causar lesão, ou inabilitar para o trabalho.

É importante ressaltar que com base na leitura do artigo 951 do Códex, percebe-se que há uma aplicação da Teoria Subjetiva para a responsabilização civil dos médicos, Ou seja, é necessário haver a prática de uma conduta culposa que cause danos a outro indivíduo, e exista nexos causal entre elas, para aplicar o instituto jurídico da responsabilidade civil para o sujeito que a praticou.

Deste modo, cabe registrar que a aplicação da Teoria Objetiva poderia inclusive representar um desencorajamento ao próprio exercício da medicina, uma vez que os pacientes, ao realizarem os tratamentos, poderiam responsabilizar o profissional de saúde apenas pela ocorrência do dano, sem necessidade de prova da culpa.

Além disso, cumpre registrar que a relação médico-paciente rege-se pelo Direito do Consumidor, conforme posição majoritária dos juristas. Contudo, para uma parte da doutrina jurídica e também da doutrina médica, a percepção de que a relação entre o

profissional da área médica e os seus pacientes se enquadraria como uma relação de consumo, seria um problema, pois corre-se o risco de se comercializarem as relações humanas, o que não pode em hipótese alguma ocorrer. Impende ressaltar que o Conselho Federal de Medicina segue essa linha de raciocínio (VASCONCELOS, 2019).

Ana Thereza Meirelles Araújo e Amanda Souza Barbosa (2017, p. 206) também entendem que a relação entre médicos e pacientes, embora seja regido pelo Código de Defesa do Consumidor, não possui a mesma essência das demais relações consumeristas. Segundo as autoras, tal relação não seria essencialmente de consumo, porquanto aplicação seria apenas em razão à ausência de uma legislação específica para poder disciplina-la.

Diante do exposto, faz-se necessário explanar o erro médico, para que se possa compreender a responsabilidade dos profissionais da Medicina.

Genival Veloso de França (2017, p.270-272) pontua que o erro médico consiste em uma conduta profissional inadequada, oriunda de uma inobservância técnica, podendo produzir danos à saúde, ou à vida do indivíduo que se submete a determinado tratamento.

Logo, seria aquele caso de negligência, imprudência e imperícia do médico, no exercício de sua profissão, que ensejaria a responsabilidade subjetiva do profissional da Medicina.

Cabe acrescentar que segundo o Novo Código de Ética Médica, que entrou em vigor no dia 30 de abril de 2019, em seu artigo 1º - assim como, o mesmo artigo do Código de Ética Médica de 2010, vigente desde 2011 - prevê uma vedação ao profissional médico de “causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. Refere-se, portanto ao erro médico.

Genival Veloso de França (2017, p. 270-272) entende que, além da responsabilidade legal por erro médico, há também uma responsabilização moral de competência dos Conselhos de Medicina.

Deste modo, observa-se que a negligência, imprudência ou imperícia ensejaria a responsabilidade, tanto civil, quanto profissional, do médico que ocasionar lesão a outrem.

2.1. A relação médico-paciente na atualidade

Impende fazer uma breve análise da relação médico-paciente no decorrer da história até os dias atuais, para que se possa compreender a evolução e transformação que ocorreram nos papéis exercidos tanto pelo profissional da área médica como pelo paciente, ao longo do tempo.

Cabe evidenciar que a relação médico-paciente, durante muito tempo, possuiu um caráter paternalista, que adveio da medicina hipocrática, e somente muitos anos após a Revolução Francesa, com a consagração da autonomia da vontade, passou a ser discutida a relação médico-paciente com base no respeito à autonomia do paciente (MEIRELES; BARBOSA, 2017, p. 188).

A medicina hipocrática foi desenvolvida na Grécia Antiga, em meados do século IV e no século V a.C, possuindo como principal autor Hipócrates – considerado como pai da Medicina - e segundo essa concepção, a doença não seria considerada como algo exterior ao indivíduo, mas alguma coisa que no interior do sujeito estaria desordenada, enquanto o conceito de saúde, estaria relacionado ao “estado natural” desse sujeito. Acrescenta-se ainda, que o olhar do médico ao paciente se voltava somente ao corpo doente do paciente e atento aos sinais transmitidos pela natureza, em seu todo. Ademais, o *Corpus Hippocraticum* trouxe o Juramento hipocrático, que simboliza a dignidade moral da profissão médica, tanto acerca da elevada competência técnica exigida a seus profissionais, como o respeito pelo outro (CARVALHO, 2002, p. 41-44).

Vale salientar que a medicina hipocrática possuía como base o princípio da beneficência, do qual advém o paternalismo médico: entendimento no qual se extrai que o tratamento e o cuidado do paciente só poderiam ser realizados pelo profissional da medicina. A expressão paternalismo, originada do grego *pater*, pai, expressa a representação de um poder sobre o outro, justificado no princípio de fazer o bem. Essa postura paternalista do médico não levava em conta as particularidades do paciente, no que diz respeito ao modo de pensar (BEIER, 2010, p. 246 e 247).

A Revolução Francesa, no século XVIII, defendendo o lema de liberdade, igualdade e fraternidade marcou o fim do regime absolutista e consagrou a autonomia da vontade, uma vez que o Estado

ao deixar de ser absoluto, deixou de intervir nos assuntos privados e a vontade do indivíduo se tornou o centro do ordenamento jurídico. Anos depois, o Código Civil Francês de 1804, o Código Napoleônico com base nos ideais da Revolução Francesa, se caracterizou por trazer a superioridade da vontade sobre a lei, no qual a autonomia da vontade é compreendida como o espaço livre que o ordenamento estatal concede ao poder jurídico dos contratantes (FERREIRA 2013 p. 31 e 32).

Quase um século após a Revolução Francesa consagrar a autonomia da vontade, ao começarem a aparecer abusos que violam a dignidade humana, devido à atuação do profissional da medicina, que a relação médico-paciente passou a ser questionada. Os tribunais norte-americanos, no início da década de 10, passaram a discutir a relação paternalista do médico com o paciente, o que fez com que princípios como o da respeito à autonomia e de consentimento livre e esclarecido fossem retomados e entendidos como necessários para esta relação e passou a ser compreendido que a atuação do profissional da medicina, sem consentimento, seria uma violação ao direito da autonomia do paciente (BEIER, 2010, p. 247).

Ressalta-se que o modelo de relação entre o médico e o paciente, no qual a autonomia é reconhecida como um direito essencial, devendo a vontade privada ser respeitada, em muitos países, como os Estados Unidos, por exemplo, teve origem na jurisprudência que influenciou um movimento gradativo de participação do paciente em seus tratamentos.

Ademais, com o Código de Nuremberg, em 1947, resultado das discussões feitas no Tribunal de Nuremberg acerca da realização de experiências em seres humanos para fins científicos, passou a ser dado ênfase ao dever de informar, e também a imprescindibilidade da obtenção do consentimento livre e esclarecido prévio, à realização de pesquisas com seres humanos. Logo, conceitos como o de dignidade humana e respeito passam a estarem vinculados com a ideia do princípio da autonomia (MEIRELLES; BARBOSA, 2017, p.191).

Portanto, percebe-se que há um grande progresso ao longo do tempo, na relação médico-paciente, visto que com base nas discussões acerca da dignidade da pessoa humana e respeito à

autonomia do paciente, este ao escolher se submeter a um tratamento ou intervenção médica, deve ter sua vontade respeitada.

2.2. A iatrogenia

É de extrema importância diferenciar o conceito de erro médico – conduta negligente, imprudente ou imperita do profissional da medicina - com o da iatrogenia, visto que são conceitos distintos, embora as vezes haja uma confusão por parte de doutrinadores acerca de suas conceituações, por não existirem marcos jurídicos específicos.

A iatrogenia seria ainda um instituto desconhecido, o que enseja discussões e dificuldades em sua aplicação para os operadores do Direito. Vale salientar que a iatrogenia não ocorre apenas na área médica, mas também aplica-se em outras áreas da saúde, como enfermagem e odontologia, no que diz respeito a procedimentos, prescrição de medicamentos e intervenções (MENEZES, 2010, p. 18).

Convém salientar que, segundo Ana Thereza Meirelles Araújo e Amanda Souza Barbosa (2017, p. 191 e 192), há uma grande discussão doutrinária acerca da conceituação de iatrogenia, uma vez que não há uma definição unânime na doutrina médica, na jurídica ou até mesmo na jurisprudência. Portanto, poderia ser evidenciadas duas teorias principais, na qual a primeira compreende a iatrogenia como um gênero, e segundo esse entendimento, poderia ao depender da espécie, ensejar, no caso concreto, a responsabilização civil do profissional de medicina, enquanto que para a segunda teoria, a iatrogenia e erro médico seriam não apenas conceitos diferentes, como também excludentes e, deste modo, dano iatrogênico não ensejaria responsabilidade civil.

Cabe, portanto, apresentar ambas as teses doutrinárias acerca do conceito de situações iatrogênicas.

2.2.1. A confusão doutrinária e a adoção do conceito adequado

É possível afirmar que há uma confusão doutrinária acerca do que consistiria a iatrogenia, havendo o posicionamento de alguns autores que a compreendem como um gênero dentro do qual comportaria várias espécies.

Em uma análise etimológica da palavra iatrogenia, percebe-se que ela deriva do grego “iatrós” (médico, medicina), geno ou “genão” (aquele que gera), e “ia” (que representa uma qualidade), podendo ser interpretada como qualquer atitude de um profissional da Medicina, no exercício de sua profissão. Dessa forma, um médico, mesmo possuindo os melhores recursos tecnológicos de diagnóstico e terapêuticos poderia cometer iatrogenias (TAVARES, 2007, p. 181).

Cumpre registrar que Edmir Américo Lourenço (1998, p. 17 e 18) compreende que a iatrogenia advém da ação do médico, logo, seria algo benéfico, visto que a medicina possui como fito praticar o bem, seja na cura de doenças, ou no alívio da dor do paciente.

Contudo, percebe-se que a expressão iatrogenia é mais utilizada para designar um resultado negativo da prática médica que provoca um prejuízo ao paciente – tanto material, quanto psicológico. (TAVARES, 2007, p. 181).

Seria mais apropriado utilizar a expressão “doenças iatrogênicas”, ou “manifestações orgânicas iatrogênicas” para se referir às alterações orgânicas que não são benéficas e decorrem dos atos médicos ou da ação prejudicial do médico. Essas lesões podem ser tanto previsíveis e esperadas, quanto previsíveis e inesperadas ou até mesmo podem resultar de falhas humanas, por se tratar de um gênero que comporta várias espécies (LOURENÇO, 1998, p. 17 e 18).

Assim, para se referir a um ato médico que causa prejuízos ao paciente, a denominação mais adequada seria “iatropatogenia”, por haver uma ênfase na acepção maléfica do ato do profissional da Medicina (TAVARES, 2007, p. 181).

Destarte, enquanto gênero, a iatrogenia poderia ser definida como um ato, que decorre de uma intervenção médica, correta ou não, justificado ou não, que possui como resultado consequências prejudiciais ao paciente. Os pacientes em situação grave, submetidos aos cuidados da Medicina Intensiva, por exemplo, se encontrariam vulneráveis às afecções iatrogênicas, devido à instabilidade do seu estado de saúde e da necessidade de intervenções (CANINEU *et al*, 2006, p. 95).

Rui Stoco (2011, p. 664) também compreende a iatrogenia como gênero e a entende como um fato natural *lato sensu*, en-

quanto ocorrência no mundo físico, sem conter qualquer qualificação ou estar afetado a contingente interno, ou seja, sem estarem presentes quaisquer referências de licitude ou ilicitude, sendo apenas um acontecimento ou um resultado da ação médica que seja danoso. Dentro dessa concepção defendida pelo autor, a iatrogenia abarcaria diversas espécies.

Para Rui Stoco (2011, p. 664 e 665), haveria as iatrogenias legitimadas pelo exercício regular de direito, no qual a lesão, além de prevista e até mesmo planejada, seria o único meio para o tratamento do paciente, como por exemplo, um corte no tecido que recobre as amídalas, para retirada de um tumor neste órgão, ou amputação de uma perna com gangrena ocasionando perda de membro. Nestes casos, o exercício normal da atividade médica seria um exercício regular de uma faculdade legítima, pois seria um meio justo ou adequado para um fim justo ou autorizado pelo Estado.

Vale relembrar que o próprio art. 188 do Código Civil autoriza os atos praticados no exercício regular de um direito, pois afirma que estes não constituem atos ilícitos, sendo excludentes da ilicitude.

Portanto, em uma de suas espécies, a iatrogenia consistiria em um exercício regular de um direito, o que faz com que ela não enseje responsabilidade civil, uma vez que esses atos praticados pelo médico não constituem um ilícito.

Rui Stoco (2011, p. 665) entende também que existiriam as iatrogenias decorrentes de fatores individuais e próprios do paciente, ou seja, as lesões previsíveis sofridas pelo paciente poderiam decorrer de uma maior sensibilidade daquele indivíduo em relação a um medicamento, por exemplo. Essas hipóteses não constituem ato ilícito e conseqüentemente punível, caso o paciente for alertado pelo médico, das conseqüências possíveis de determinado tratamento ou procedimento.

Outra espécie, seria a iatrogenia que decorre de uma omissão do próprio paciente, quanto à existência de condições orgânicas que são desfavoráveis, como por exemplo, um paciente que omite que possui diabetes e em razão disso ocorre o resultado danoso durante a ação médica. Neste caso, a iatrogenia não pode ensejar

responsabilização do profissional da Medicina, pois decorre apenas da omissão do paciente (STOCO, 2011, p. 665).

Haveria também, a iatrogenia decorrentes da técnica empregada, ou do Estado da Ciência, que não se confunde com o erro médico por imperícia, e seriam previsíveis mas nem sempre esperadas, e que não ensejaria responsabilização do médico por não se tratar de ato ilícito (STOCO, 2011, p. 665 e 666).

Por fim, Rui Stoco (2011, p. 666) pontua que também existiria uma última espécie de iatrogenia, consistente no resultado de uma atuação culposa do profissional da área médica, ou seja, na hipótese de negligência, de imprudência e imperícia. Nesta hipótese, o resultado danoso seria transformado em um ilícito e aplica-se a Teoria da Culpa, podendo ensejar responsabilização civil ao profissional da Medicina. Para o jurista, a iatrogenia enquanto gênero, consiste em ato médico, que pode ou não, vir a ser um ilícito, e isso depende de qual espécie de iatrogenia que essa ação do profissional médico será enquadrada.

Outros autores entendem que a iatrogenia seria uma espécie autônoma, excludente e distinta do erro médico. Neste caso, o profissional de Medicina que cometesse dano iatrogênico, não seria passível de responsabilização civil.

Desta forma, José Carlos Maldonado de Carvalho (2009, p. 6-8) compreende que iatrogenia consiste em um dano que foi ocasionado por ato médico, através de suas técnicas ou pelos tratamentos prescritos e fariam parte deste conceito apenas o dano previsível, seja ele esperado ou não, enquanto, os casos que decorrem de falhas do profissional da Medicina, não tipificariam o dano iatrogênico. O dano iatrogênico possuiria então dois pressupostos: a previsibilidade da ocorrência e a necessidade para alcançar o resultado.

Logo, partindo deste entendimento, a imprudência, negligência e imperícia não estariam presentes no conceito do dano iatrogênico, mas no de erro médico e a iatrogenia não enseja a incidência da responsabilidade civil do médico.

Cabe salientar que José Carlos Maldonado de Carvalho (2009, p.09) também afirma que existem situações chamadas de iatrogenia, mas em verdade, consistiriam em uma simulação, pois o

dano poderia ter sido evitado, mas justifica-se a ocorrência deste prejuízo através de uma hipótese de iatrogenia para não incidir a responsabilização civil.

A iatrogenia, então, em uma de suas diversas acepções seria caracterizada por uma lesão decorrente de uma atuação do profissional da Medicina - seja uma intervenção médica e procedimental, ou tratamento realizado por meio de medicamentos - mas que seja correta e necessária o que afasta, deste modo, a reparação de eventual dano que venha a ser causado (MENEZES, 2010, p. 28).

Pode-se defender que a iatrogenia seria toda intervenção ocasionada pela atuação do médico, em decorrência de sua atividade, e nesse sentido, não deverá ser confundida com o erro médico, isto é a, com a hipótese de negligência, imprudência ou imperícia, visto que a ocorrência do dano iatrogênico não significa que o médico não agiu de acordo com os seus deveres de cuidado ou com os preceitos médicos adequados (ABREU, 2015, p. 07).

Não existiria no caso do ato iatrogênico, necessariamente antijuridicidade, uma vez que a iatrogenia seria qualquer lesão que for provocada por ato médico sendo inerente às cirurgias, exames ou tratamentos médicos e pode ser prevista, previsível ou imprevisível. Mesmo em casos que a iatrogenia não seja inerente ao procedimento, se existir probabilidade do ato iatrogênico pela doutrina médica, este dano será considerado previsível (NERILO, 2018).

Existem outros posicionamentos, como o de Carlos Roberto Gonçalves, (2017, p. 304) que entende a iatrogenia como o dano causado pelo médico, através de seus atos em pessoas sadias ou doentes possuindo transtornos inesperados oriundos da imperfeição de conhecimentos científicos, que seria escusável na falibilidade médica.

Situações iatrogênicas não se encaixam de maneira adequada, nas hipóteses de excludentes de ilicitude civil e ao mesmo tempo não podem ensejar a culpabilidade do profissional da área de saúde, na forma de negligência, imprudência ou imperícia por não possuírem elementos que caracterizam um ilícito, mas diante a ocorrência um dano iatrogênico, os profissionais da área médica devem tentar na medida em que for possível reparar o dano sofrido pelo paciente (SILVA *et al*, 2008, p. 682).

Entretanto, convém salientar que se pode defender que poderia surgir uma responsabilidade na esfera cível, e consequente obrigação de reparar o dano, caso haja uma violação consciente de um dever ou falta objetiva do dever de cuidado.

É cediço que iatrogenia seria uma situação em que o médico utiliza um tratamento insubstituível, para que ocorra a melhora do estado de saúde do paciente, mas que acaba produzindo um dano inevitável. Todavia, nessas situações, o médico deverá não apenas executar o tratamento e acompanhar o paciente, mas também dar todo um suporte de informações, uma vez que antes de iniciar qualquer tratamento ou procedimento, o profissional da área médica deverá incluir informações quanto a possível ocorrência de iatrogenia e a sua inevitabilidade (SILVA *et al*, 2008, p. 681 e 682).

Ana Thereza Meirelles Araújo e Amanda Souza Barbosa (2017,p.200), entendem ser mais apropriada a compreensão de que a iatrogenia seria um fenômeno referente às circunstâncias em que o ato médico provocou uma lesão previsível ao paciente e cuja materialização se deu com o profissional da Medicina agindo conforme os ditames de sua atividade.

Neste contexto, a iatrogenia deve ser entendida como um mal que é ocasionado ao paciente, em razão do uso de técnicas necessárias para o tratamento médico. Em outras palavras, seriam as doenças que decorrem da utilização de medicamentos, de atos cirúrgicos, ou de outros procedimentos que são feitos pelo profissional da Medicina, mas que não ensejam responsabilidade civil e consequente obrigação de indenizar (SILVA,2010,p. 11).

Portanto, demonstra-se mais adequado compreender um dano iatrogênico com base na teoria que entende iatrogenia como uma espécie, logo, não seria passível de ensejar responsabilidade civil para o profissional da área médica que o cometeu.

2.2.2. Previsibilidade e necessidade como elementos fundamentais

Ao adotar o entendimento de que a iatrogenia seria uma espécie autônoma, distinta e excludente de erro médico, é possível extrair dois elementos fundamentais para a configuração das situações iatrogênicas: a previsibilidade e a necessidade.

Cabe ressaltar que acerca da amplitude dessa a previsibilidade, elemento central na definição da iatrogenia, o verbo “prever” remete à ação de antever, ou seja, que se verifique com antecedência e estabeleça suposições acerca de possíveis consequências, podendo-se afirmar que é dotado de previsibilidade tudo aquilo que ainda não ocorreu no mundo dos fatos, mas que pode vir a ocorrer (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 200).

Assim sendo, deve-se considerar apenas as lesões previsíveis, sejam elas esperadas ou não, mas que decorram do procedimento como iatrogênicas. Logo, danos que decorram da falibilidade humana ocasionados pela imprudência, imperícia ou negligência não estão presentes neste conceito (SILVA, 2010, p. 11).

Acrescenta-se que a lesão ocasionada pela iatrogenia, seria previsível o que significa que pode ser antevista em relação à prática da intervenção médica. Ademais, esse requisito da previsibilidade para a situação iatrogênica pode se referir a uma lesão na qual a sua ocorrência seria certa ou incerta, ou seja, com alta ou baixa probabilidade de acontecer (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 205).

Para José Carlos Maldonado de Carvalho (2007, p. 06 e 07), a doutrina costuma

utilizar dois critérios para aferir a previsibilidade. O primeiro critério seria objetivo, isto é, deve ser apurada no caso concreto analisando a função do homem médio, enquanto que o segundo seria subjetivo, pois levaria em conta condições pessoais do agente. O autor também pontua que a previsibilidade deve ser examinada no momento em que a conduta do médico for realizada e deve ser atual, nunca remota, fictícia, ou genérica e abstrata.

Deste modo, cumpre registrar que a previsibilidade precisa ser analisada de acordo com o estágio da Medicina, no momento em que ocorreu a prática do ato médico. Salienta-se também que as complicações imprevisíveis não estariam presentes no conceito de iatrogenia, mas no de caso fortuito ou força maior, que consistem em excludentes da responsabilidade civil e não devem ser confundidas com situações iatrogênicas (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 200).

Pode-se defender que o médico não responde pelo ato iatrogênico previsível e necessário, visto que sua configuração se adequa à excludente do estado de necessidade - sacrificar um inter-

esse a fim de salvar outro de igual ou superior valor jurídico, em casos que o agente não ocasionou o perigo que o bem tutelado foi exposto. O profissional médico precisaria causar um dano para defender um bem maior - seja ele a vida, a integridade e a saúde do cliente - não sendo o risco imposto pelo profissional, mas decorrente do estado de saúde do paciente (NERILO, 2018).

É conveniente acrescentar que, além da previsibilidade, para José Carlos Maldonado de Carvalho (2007, p. 08-10) o ato médico precisa possuir o requisito da necessidade, ou melhor, a lesão ocasionada tem de ser indispensável para a ocorrência do tratamento ou procedimento médico. O autor cita, a título de exemplo as cirurgias mutiladoras, as reações alérgicas oriundos do uso de contrastes radiológicos, dentre outras situações que se demonstram fundamentais para que ocorra a intervenção médica.

Cabe ressaltar que por cirurgias mutiladoras entende-se a mastectomia no caso do câncer de mama, por exemplo, e também amputações de membros do corpo como a título ilustrativo no caso de diabetes, quando é amputada uma perna para salvar a vida do paciente. Em ambas situações, as lesões eram necessárias para que ocorresse a intervenção médica (MENEZES, 2010, p. 19).

Todavia, deve-se levar em conta que a iatrogenia não pode ser encarada pelos profissionais da área médica como algo corriqueiro, banal, visto que é inerente ao atuar médico, pois quando for uma lesão iatrogênica esperada - já que um requisito a iatrogenia é ser previsível, seja ela esperada ou não - o médico precisa valer de todos os meios possíveis, que estiverem ao seu alcance para alcançar um pós-operatório, ou tratamento, menos doloroso ao paciente (ABREU, 2015, p. 08).

Portanto, cabe salientar que se deve atentar ao fato de que para se configurar como uma situação iatrogênica, a lesão praticada pelo profissional da área médica precisa ser previsível e necessária para que o resultado pretendido pelo paciente aconteça.

3. A (IM) POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO PROFISSIONAL DA MEDICINA POR DANO IATROGENICO EM CASO DE INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS ESTÉTICAS

Visto os entendimentos doutrinários acerca da conceituação da iatrogenia, com fito de assimilar a profundidade temática, cabe

fazer uma exame acerca da (im)possibilidade de um profissional da Medicina, ser responsabilizado na esfera cível, quando cometer dano iatrogênio, em caso de intervenções cirúrgicas estéticas.

3.1. Cirurgias estéticas: obrigações de meio ou obrigações de resultado?

Cabe fazer um uma breve análise acerca do que consistem as cirurgias plásticas estéticas.

Segundo a Resolução nº 1621/ 2004 do Conselho Federal de Medicina, a cirurgia plástica constitui ato médico que possui o objetivo de trazer benefício à saúde do indivíduo, seja ela física, psicológica ou social, ou em outras palavras, busca o equilíbrio psicossocial e melhoria da qualidade de vida do paciente.

Além disso, conforme a Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica (2016), a cirurgia plástica seria um gênero que pode ser dividida em especificidades: reconstrutiva – ou reparadora, que surgiu no Pós Primeira Guerra - e estética.

A cirurgia estética possui a finalidade, como o próprio nome diz, de embelezar ou melhorar algumas pequenas imperfeições naturais do paciente (CARVALHO,2007,p. 173).

Discute-se também acerca da natureza da obrigação gerada pela cirurgia com finalidade estética. Deste modo, existe uma corrente doutrinária que defende que mesmo em intervenções cirúrgicas estéticas a obrigação do médico continuaria sendo de meio, assim como nas obrigações gerais do profissional da Medicina, que se comprometem não a curar a enfermidade mas utilizar a melhor técnica possível (FARIAS;ROSENVALD,2017b, p. 339).

Essa compreensão de que a cirurgia estética seria uma obrigação de meio, é defendida por juristas como o Ministro Ruy Rosado de Aguiar JÚNIOR (1995,p. 40) - que considera que a álea seria um fator presente em qualquer intervenção cirúrgica, e que são imprevisíveis as reações do organismo de cada individuo a uma intervenção cirúrgicas.

Essa posição é também defendida por especialistas da área médica, como o cirurgião plástico Juarez Moraes Avelar, uma vez que a cirurgia estética seria apenas uma especialidade, dentro dos diversos ramos da Medicina, havendo exposição de reações impre-

visíveis do organismo humano, bem como, podendo ocorrer consequências indesejáveis (AVELAR apud GONÇALVES, 2017 p. 305).

Contudo, entende-se que o posicionamento doutrinário prevalente, é o de que intervenções cirúrgicas estéticas ocasionariam uma obrigação de resultado. José Carlos Maldonado de Carvalho (2007,p. 173-175), por exemplo, segue esse posicionamento e entende que a prestação assumida pelo profissional da área médica nesses casos seria voltada exclusivamente para um determinado resultado : o de aprimoramento estético do indivíduo – e caso não seja cumprida ensejaria em reparação.

Portanto, cumpre salientar que, nos casos de intervenção cirúrgicas estéticas, a obrigação do médico seria não de meio, mas de resultado.

3.2. O dever de informação como fundamental

Cabe ressaltar que o dever de informação possui extrema importância para fins de configuração do instituto da responsabilidade civil, principalmente em casos de responsabilização na área médica.

O profissional médico necessita proporcionar uma relação aberta ao diálogo com o paciente e ,desse modo, agir em respeito ao dever de informação.O médico deve comunicar ao paciente, sobre a gravidade da doença, e também, por exemplo, sobre situações como exames que serão necessários, tratamentos que podem ser feitos diante das circunstancias, e benefícios e possíveis riscos que poderão vir a ser ocasionados com o tratamento ou intervenção médica (MATOS,2007,p. 199).

Neste sentido, seria dever do médico, antes de realizar qualquer tratamento clínico ou cirúrgico, informar aos seus pacientes quanto aos vários tipos de risco a que ficarão expostos, e se esta obrigação não for cumprida, caso ocasione danos, ou não possuir o consentimento do paciente, o profissional da Medicina pode vir a ser responsabilizado civilmente (NADER, 2016, p. 502).

Salienta-se que o dever de esclarecer está presente na relação obrigacional desde a sua origem, pois envolve as conversações preliminares e também está presente na fase pós-contratual, e nasce de uma necessidade, pois há um déficit de informações, haven-

do um indivíduo que possui determinada informação e a outro que precisa dessas informações (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017b, p. 149).

Genival Veloso de França (2017, p. 262-264) entende que são considerados como esclarecimentos obrigatórios e incondicionais na relação médico-paciente, acerca da necessidade de certas condutas ou intervenções e sobre seus riscos ou consequências, sobre as condições precárias de trabalho, sobre as informações registradas no prontuário e as informações aos outros profissionais.

Vale salientar, que se pode defender que em certas situações o dever de informação é descumprido, seja em decorrência do fato ou em decorrência de vício da informação, sendo que para se configurar descumprimento por vício ou por fato do serviço depende do resultado e segurança que se espera do serviço prestado. Contudo, em ambas as situações se ocasionarem danos ao paciente de ordem moral ou material, podem ensejar a incidência da responsabilização do profissional e consequente dever de indenizar o sujeito lesado (ABREU, 2015, p. 13).

Ressalta-se que o conteúdo e amplitude do dever de informação precisam ser estabelecidas de acordo com o caso concreto, pois defende-se que a relação médico-paciente não é uma mera relação de mercado, embora incidam regras do Direito do Consumidor, visto que deve ser disciplinada pela confiança, entre médico e paciente, permitindo uma troca de informações sincera (KUHN, 2009, p. 84).

Deste modo, é de enfatizar que deve ser analisado o caso concreto para poder compreender acerca da amplitude do dever de informação que aquele médico possuía em relação ao paciente.

3.2.1. A informação adequada para o consentimento esclarecido

É importante acrescentar que para que ocorra o consentimento do paciente de maneira esclarecida e livre, é necessário que haja o direito deste indivíduo possuir a informação adequada acerca do tratamento ou procedimento que escolherá se submeter.

Genival Veloso de França (2017, p. 287 e 288), compreende que todos os indivíduos possuem o direito de saber a verdade sobre sua vida e poder participar das decisões que dizem respeito a

ela, como por exemplo, as decisões médicas que afetam a saúde. Desse modo, a informação seria um pressuposto, um requisito prévio, para o consentimento esclarecido, pois ao mesmo tempo que o paciente precisa dar seu consentimento de maneira livre, as informações precisam ser acessíveis ao seu conhecimento. Em outras palavras, para esse consentimento poder ser válido no âmbito jurídico, o indivíduo precisa ser capaz e as informações necessitam ser imunes a qualquer tipo de vício.

A liberdade do indivíduo de escolher se submeter a um determinado procedimento ou intervenção médica – considerando-se a relação médico-paciente como uma relação consumerista – deverá ser assegurada através da informação acerca dos riscos decorrentes dessa escolha, visto que, é através da informação que ocorre a mitigação e prevenção de riscos, pois a partir dela o sujeito irá ponderar as suas escolhas, levando em conta os riscos que estão dispostos a assumir, fazendo uma análise acerca dos prós e contras (SANTOS, 2017, p. 05).

O consentimento, para ser mais eficaz ao alcance pleno do respeito à autonomia da vontade do paciente, deverá ser qualificado e para os que defendem tal concepção, o ato de vontade deverá ser livre de qualquer ingerência externa que possa viciar a decisão do paciente (MATOS, 2007, p. 201).

Cabe ressaltar que os deveres de informação consistem deveres de conduta e exigem uma postura positiva. Dessa forma, o profissional de Medicina que não age de acordo com o dever de informação, pode ser condenado a indenizar o paciente. Evidencia-se que informar de maneira correta significa informar com clareza, de modo completo, útil e gratuito (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017a, p. 804).

As informações ao serem transmitidas ao paciente, precisam ser realizadas em uma linguagem que possibilite o devido esclarecimento e uma permissão de maneira consciente, logo, para um procedimento médico ter legitimidade, precisa de um consentimento, que para ser legítimo tem que ser realizado na clareza das informações passadas pelo profissional da área médica, com uma linguagem de certo modo traduzido a um indivíduo leigo, para evitar interpretações errôneas e arriscadas (FRANÇA, 2017, p. 288).

Convém salientar que o Novo Código de Ética Médica em seu artigo 34 afirma que é vedado ao profissional de medicina deixar de informar “o diagnóstico, prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento” ao paciente, estabelecendo uma ressalva em casos em que “a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal”.

Entende-se que caberia uma responsabilização civil ao profissional médico quando sobrevierem danos ao paciente devido à ausência de informações essenciais, de acordo com o dever de informação, mesmo que não haja culpa do médico. Existem no direito comparado, inúmeros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, que identificam responsabilidade, pelo simples fato da violação do direito fundamental do paciente à informação, impedindo com que o indivíduo tome uma posição esclarecida, até mesmo independente da ocorrência de qualquer outro dano concreto, pois a violação do direito à autonomia já representaria um dano (FACCHINI NETTO, EICK, 2015, p. 82).

Em outras palavras, vale evidenciar que mesmo que no caso concreto o profissional da área médica não tenha agido de maneira negligente, imprudente ou imperita, isto é, mesmo que não ocorra erro médico, se a intervenção médica ocorrer sem a informação devida, adequada e esta ausência de informação resultar em uma piora do estado de saúde do paciente, isso já é suficiente para ensejar uma reparação pelos danos que o indivíduo tenha sofrido (ABREU, 2015, p. 14).

Deste modo, percebe-se, que para haver o consentimento esclarecido do paciente de modo livre, é necessário que o médico atue de acordo com dever de informar de maneira adequada, suficiente e que essas informações sejam verdadeiras. É possível inclusive responsabilizar o profissional da área médica, caso este descumpra com o seu o dever de informação, mesmo não havendo conduta culposa.

3.3. A impossibilidade de responsabilização do médico por dano iatrogênico em caso de procedimentos estéticos observado o dever de informação

Em face do exposto, cumpre analisar se em casos de lesões ocorridas por iatrogenias, em intervenções cirúrgicas com a finalidade embelezadora, seria cabível responsabilização do profissional médico.

Considerando o sentido estrito da palavra iatrogenia, isto é, como danos oriundos de ato médico previsíveis e necessários, em regra, não caberia incidir responsabilização civil do profissional que os cometeu e isso aplicar-se-ia inclusive nas intervenções cirúrgicas, sejam elas reparadoras ou estéticas.

O dano iatrogênico não caracterizaria, pois, a incidência da responsabilidade civil e conseqüente dever de reparar por parte do profissional que a causou porque a iatrogenia, embora esteja relacionada a um efeito que é previsível, é uma lesão que ocorreria do próprio atuar médico (ABREU,2015,p. 16).

Todavia, demonstra-se demasiadamente oportuno evidenciar que no caso concreto o profissional da área médica deve cumprir com os deveres anexos da boa fé, dentre eles, o dever de informação.

Segundo Caio Mário Pereira (2018, p. 193), com base na boa fé, cumpre ao médico advertir ao paciente sobre eventuais riscos advindos dos tratamentos médicos, para que o indivíduo escolha se submeter a eles ou não, e este dever de informar seria ainda maior no caso dos profissionais de medicina especializados na área de intervenções cirúrgicas.

Rui Stoco (2011,p. 670) ainda defende que no caso de intervenções cirúrgicas, inclusive nas estéticas, o médico deverá informar de maneira exaustiva, integral, principalmente no que diz respeito ao uso de novos medicamentos ou até mesmo em relação a novas técnicas, em termos compreensíveis para um indivíduo leigo à linguagem médica conseguir, de maneira plena, entender o que está sendo informado.

Assim sendo, observa-se que há um consenso acerca de um dever de informação redobrado por parte do médico em casos de cirurgia estética no ordenamento jurídico brasileiro (FACCHINI NETTO,EICK, 2015, p. 57).

Logo, pode se defender que, na hipótese de haver qualquer omissão de informações necessárias a respeito dos riscos que este procedimento cirúrgico estético possa ocasionar, o profissional médico poderia vir a ser responsabilizado devido a essa omissão ou violação.

A falta de informação adequada e suficiente ao paciente sobre possíveis riscos de um determinado procedimento cirúrgico com

fins estéticos, poderia fazer com que surgisse uma profunda frustração a este indivíduo, que esperava que o resultado pretendido fosse alcançado. Pode-se defender, inclusive, que essa decepção pode evoluir a um resultado mais dramático, como o indivíduo se submeter a novas intervenções ou até mesmo surgir um distúrbio psiquiátrico naquele sujeito (ABREU,2015,p. 08).

Assim sendo, incidiria a responsabilização civil não pela ação médica em si, que, por se configurar como iatrogenia, não ensejaria responsabilidade, mas pelo fato de que no caso concreto houve uma quebra no dever de informação acerca desses riscos.

Entretanto, vale salientar que alguns autores como Rui Stoco (2011, p. 666), defendem que a iatrogenia consistiria num gênero na qual seriam abarcadas varias espécies e, dentre elas, a conduta culposa do médico que agiu com negligência, imprudência ou imperícia, conceito este que se confunde com o de erro médico. Deste modo seria possível defender uma responsabilização do profissional médico devido a essa conduta, sem adentrar na análise do dever de informação.

Contudo, cabe ressaltar que a adoção deste conceito não seria o mais adequado, devendo ser considerados iatrogenia e erro médico como dois conceitos autônomos e distintos, que resultam em consequências jurídicas opostas. Assim sendo, o julgador deverá avaliar, no caso concreto, de maneira cautelosa.

O erro médico pressupõe uma conduta culposa do profissional, o que daria ensejo a uma condenação por responsabilidade civil e acrescenta-se que o dano, neste caso poderia ter sido evitado, caso o médico tivesse agido em observância das regras consagradas pela prática médica. Enquanto que a iatrogenia possui como característica uma boa conduta médica, podendo ser considerada um fator excludente de responsabilidade e o dano decorre de um risco inerente à própria ciência da medicina (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 206).

Não deve se confundir as conceituações de dano iatrogênico com o de erro médico, visto que a iatrogenia possui em seu conceito, os pressupostos de previsibilidade da lesão e da necessidade de sua produção para poder ser atingido o resultado pretendido. Deste modo cumpre registrar que é meio lícito para alcançar uma

finalidade, salientando-se que devem ser observadas as normas técnicas no caso concreto. Dessa forma, o dano iatrogênico seria justificável, enquanto que o erro médico seria injustificável, na medida em que for comprovado que não há no caso nenhuma excludente de responsabilidade civil, precisando ser punido pela via judicial (COSTA, 2016, p. 14).

Considerando iatrogenia e erro médico como situações distintas, convém evidenciar que cabe ao magistrado, diante do caso concreto, com base em uma análise feita através de laudos periciais médicos, e em sua experiência, averiguar se está diante de uma conduta de acordo com todos os preceitos médicos legais (ABREU, 2015, p. 19 e 20).

Vale salientar que a perícia realizada pelo médico-perito é extremamente essencial para reconhecer uma ocasional distorção do discurso do médico que possa induzir o convencimento do magistrado à identificação de uma situação que venha a ser considerada como iatrogênica, quando, em verdade, trata-se de um erro médico (MEIRELLES, BARBOSA, 2017, p. 207).

É de extrema importância salientar que o erro médico deve ser uma exceção, e não uma regra da Medicina brasileira. Quer dizer, deve-se partir do pressuposto que os médicos são profissionais comprometidos e empenhados no exercício de suas funções, com o objetivo de alcançar a boa arte médica. Deste modo, em que pese sejam importantes as reivindicações jurídicas, que estão cada vez mais crescentes na regulamentação do exercício do profissional da área médica, a legislação brasileira precisa atuar de maneira a diminuir a incidência do erro médico e não atuar de modo a aumentá-lo (MURR, 2010, p. 43).

Convém evidenciar que Camila Vasconcelos (2012, p. 394 e 395) defende que também devem ser buscados outros meios para evitar uma judicialização excessiva na relação entre médicos e pacientes. A discussão acerca de conflitos na relação médico-paciente não devem ocorrer apenas no processo judicial, sendo sugerido pela autora uma maior participação comunitária em ambientes como eventos científicos, audiências públicas. É sugerido também que a graduação universitária, durante processo de formação do futuro médico, enfoque não somente na técnica profissional, mas em questões como ética médica e bioética.

Ressalta-se que essa sugestão parece ser extremamente interessante, visto que uma formação médica com base nos princípios da bioética poderia reduzir o número de ocorrência de práticas negligentes, imprudentes e imperitas. Ademais, com a participação coletiva mais ativa, os pacientes poderiam ter mais conhecimento acerca do assunto e, conseqüentemente, exigir uma postura mais diligente do profissional.

Logo, cabe observar que apesar de que o erro médico deve ser combatido pelo Judiciário por ser uma conduta ilícita, o magistrado precisa ter um cuidado para não resultar em uma judicialização exarcebada da relação médico-paciente, devendo ser procurados também outros meios de discussão dos conflitos dessa relação.

4. CONCLUSÃO

Do quanto exposto, o presente trabalho teve como objetivo analisar e discutir acerca da possibilidade, ou não, da responsabilização civil do profissional de medicina por dano iatrogênico em casos de intervenções cirúrgicas estéticas.

Nesta perspectiva, percebe-se que a responsabilidade civil dos médicos é subjetiva, sendo necessário que seja comprovada a culpa, em seu sentido estrito para que o profissional seja responsabilizado.

Deste modo, nas hipóteses em que o médico age de maneira negligente ou imprudente, ocorre um erro médico, ensejando a responsabilização do profissional e conseqüente dever de reparação, visto que a responsabilidade civil possui como principal função garantir o reequilíbrio das relações sociais.

Evidencia-se que o presente trabalho também verificou a necessidade de serem discernidas as expressões “erro médico” e “iatrogenia” pois seriam conceituações distintas, apesar de grande parte de doutrinadores o tratarem como sinônimos, por não haver marcos jurídicos específicos.

É notório salientar que se constatou o posicionamento de alguns autores que consideram a iatrogenia como um “gênero” que abarca várias “espécies”, dentre elas a conduta culposa do médico. Seguindo este entendimento, poderia ser defendido o cabimento da incidência do instituto da responsabilidade civil para o médico que ocasionou culposamente um dano iatrogênico.

Todavia, demonstra-se mais pertinente acolher a percepção utilizada por uma parte da doutrina jurídica que defende que iatrogenia seria autônoma, e inclusive excludente do erro médico, podendo ser compreendida como toda intervenção que decorre de um ato médico.

Nesta acepção, para que ocorra uma lesão de natureza iatrogênica, seria imprescindível estar presentes os requisitos da previsibilidade do dano - ainda que seja esperado ou não - e a necessidade deste ato cometido pelo médico ocorrer com o propósito de alcançar o resultado pretendido ao paciente.

Deste modo, não seria possível imputar responsabilidade ao médico por uma lesão decorrente de iatrogenia - incluindo casos de lesões resultantes de intervenções cirúrgicas estéticas, visto que o risco, nessas hipóteses, decorreria da própria ciência médica que não é exata. Portanto, seguindo este entendimento, haveria uma impossibilidade de responsabilização civil do profissional da medicina por dano iatrogênico.

Logo, como seriam conceituações distintas, vale ressaltar que cabe ao magistrado fazer uma análise de maneira demasiadamente atenciosa, no caso concreto, inclusive utilizando-se de mecanismos como a perícia médica para que se possa examinar se está diante de uma situação de iatrogenia ou erro médico.

Impende ressaltar que enquanto a iatrogenia não poderia ensejar responsabilização do profissional da área médica, o erro médico é um ilícito e deve ser combatido pelo Poder Judiciário.

Todavia, ao mesmo tempo, deve-se procurar evitar um demasiado número de processos, sendo sugerido que as discussões acerca de possíveis conflitos na relação médico-paciente também necessitam ocorrer antes de se chegar ao Judiciário, como por exemplo, pela via acadêmica, e por uma maior inclusão da coletividade nos debates que discutem a relação entre médico e paciente.

Deste modo, seria possível impedir, de certa maneira, um exacerbado número de processos acerca de erro médico pois a ocorrência dessas condutas culposas seria evitada, sem precisar serem judicializadas.

Contudo, demonstra-se demasiadamente oportuno registrar que, caso o médico falte com os deveres anexos da boa fé-objetiva, poderia se falar em uma responsabilidade na área cível e conse-

quente dever de reparação. Vale salientar que até mesmo em uma situação de dano iatrogênico, caberia imputar responsabilização ao profissional.

Portanto, caso o médico não informe de maneira adequada, suficiente ou verdadeira todos os riscos que poderiam ocorrer em determinado procedimento, poderia ensejar responsabilidade e consequente reparação das lesões causadas – inclusive se tal lesão for iatrogênica.

REFERÊNCIAS:

ABREU, Bruno Silveira de. **Iatrogenia e seus desdobramentos na seara da Responsabilidade Civil**. Artigo científico (Pós-graduação) – Responsabilidade Civil.

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/BrunoSilveiraAbreu.pdf Acesso em: 22 mar. 2019.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil do Médico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 84, n. 718, p. 33-53, ago. 1995. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/555> . Acesso em: 21 fev. 2019.

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 fev. 2019.

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.

BRASIL. Lei n. 10.046, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. 2010. Disponível em: <http://www.rcem.cfm.org.br/index.php/cem-actual>. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. **Código de Ética Médica**. 2018. Disponível em: https://static.poder360.com.br/2019/04/codigo-de-etica-medicos_2018.pdf. Acesso em: 01 abr. 2019.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução Nº 1621**, de 16 de maio de 2001. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm. Acesso em 20out. 2018.

BRASIL. Sociedade Brasileira de Cirurgia Plástica. **QUAL A ORIGEM DO NOME CIRURGIA PLÁSTICA**. 2016.

Disponível em: <http://www2.cirurgiaplastica.org.br/2016/03/14/qual-a-origem-donome-cirurgia-plastica/>. Acesso em: 27 mar. 2019.

CANINEU, Rafael et al. **Revista Brasileira Terapia Intensiva**, v.18, n.1 - jane/mar 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-507X2006000100015 Acesso em: 22 abr 2019

CARVALHO, Jose Carlos Maldonado de. 2ª ed. Iatrogenia e Direito Médico sobre enfoque da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, v. único

CARVALHO, Jose Carlos Maldonado de. 3ª ed. Iatrogenia e Direito Médico sobre enfoque da Responsabilidade Civil Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. único

CARVALHO, Maria Manuela. A medicina em história a medicina hipocrática. **Revista Saúde Mental**, v. IV, n. 1, p. 41-44, 2002. Disponível em: http://www.saudemental.net/pdf/vol4_rev1_leituras2.pdf. Acesso em: 18 fev. 2019.

COSTA, Michelle Azevedo da. **IATROGENIA E RESPONSABILIDADE CIVIL**

MÉDICA. Artigo científico (Pós-graduação) – Responsabilidade Civil. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2016.

Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/MichelleAzevedodaCosta.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga, 4ª ed. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Salvador: Editora Juspodium, 2017a, v. 3

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSELVALD Nelson; 11ª ed. **Curso de Direito Civil Obrigações**. Salvador: Editora Juspodium, 2017b, v. 2

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: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/553>. Acesso em 22 abr. 2019

FERREIRA, Carla Froener. A Evolução da Autonomia da Vontade sob o Prisma do Direito Civil-Constitucional. **Revista Novatio Iuris**, Rio Grande do Sul, v.5, n. 1, jan.mar,2013.Disponível em:

<https://seer.fadergs.edu.br/index.php?journal=direito&page=article&op=download&path%5B%5D=85&path%5B%5D=80> .Acesso em: 16 fev. 2019.

FRANÇA, Genival Veloso de. 14^a ed. **Direito Médico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, v. único.

GONÇALVES, Carlos Roberto. 12^a ed. **Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Saraiva 2017, v.4.

LOURENÇO, Edmir Américo. Erro médico, falha médica e iatrogenia. **Revista Perspectivas Médicas**. São Paulo, v. 9, pp. 16-21, jan./dez. 1998. Disponível em: http://www.fmj.br/revista/Pdfs/revista_1998.pdf, Acesso em: 22 fev. 2019.

MATOS, Gilson Ely Chaves de. Aspectos jurídicos e bioéticos do consentimento informado na prática médica. **Revista Bioética** , v15 , n2, 2007, p. 196-213.

Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/41/44 Acesso em 10 abr. 2019.

MENEZES, Tula Rodrigues Ferreira de. **Erro médico e iatrogenia: causa de exclusão da responsabilidade médica?** 2010. 31 f. Artigo científico (Pós-graduação) – Responsabilidade Civil. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_2_2010/tulamenezes.pdf . Acesso em: 22 fev. 2019.

MONDIELLI, Eric. A Evolução do Direito da Responsabilidade Médica Hospitalar na Fraça. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v.4 n.1, mar. 2003, p. 12-40. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/download/82415/85401/>. Acesso: 19 out. 2018.

MURR Leidimar Pereira. A inversão do ônus da prova na caracterização do erro médico pela legislação brasileira. **Revista Bioética**, v.18,n., 2010. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/534. Acesso em: 15 abr. 2019.

NADER, Paulo. 6^a ed. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forence, 2016, vol.7

NERILO, Luciola Fabrete Lopes. **As iatrogenias no contexto da responsabilidade civil médica e do direito do consumidor**. Âmbito Jurídico. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16685&revista_caderno=10. Acesso: 21 out. 2018.

PEREIRA, Caio Mario. 12^a ed. **Responsabilidade Civil**. Editora Forense, 2018, vol. único

SANTOS, Fabiola Meira de Almeida. Informação como instrumento para amenizar riscos na sociedade de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**. V. 107, set/out 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_boletim_2006/RDCons_n.107.13.PDF. Acesso: 21 abr. 2018.

SILVA, Rachel Vellasco Gonçalves. **A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA**. Artigocientífico (Pós-graduação) – Responsabilidade Civil. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2010/trabalhos_12010/rachelsilva.pdf. Acesso em: 12 mar. 2019

SILVA, Ricardo Henrique Alves da, *et al.* **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, jan./dez. 2008 p. 675 – 683. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67824/70432>. Acesso em: 12 mar. 2019

STOCO, RUI. 8^a ed. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TAVARES, Felipe de Medeiros. Reflexões acerca da Iatrogenia e Educação Médica.

Revista Brasileira de Educação Médica, v. 31, p. 180-185, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/0D/rbem/v31n2/09.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019

VASCONCELOS, Camila. Responsabilidade médica e judicialização na relação médico-paciente. *Revista Bioética*, 2012, v. 20, n.3, p.389-396. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/3615/361533260002.pdf>. Acesso em 01 maio 2019.

VASCONCELOS, Camila; ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. In: **I SEMINÁRIO DE DIREITO MÉDICO E BIOÉTICA**, Salvador, Faculdade Baiana de Direito, 30 abr. 2019.

Capítulo VII

A produção antecipada de
provas na arbitragem quando
ausente o caráter da urgência

Jade Rischard Sales

Graduanda em direito pela Faculdade
Baiana de Direito e Gestão

A produção antecipada de provas na arbitragem quando ausente o caráter da urgência

RESUMO: O presente artigo visa realizar uma análise acerca do instituto da produção antecipada de provas no âmbito da arbitragem. Serão delineadas as hipóteses nas quais se faz necessário o ajuizamento desta ação probatória e circunstâncias que recaem sobre ela a partir do momento em que é feito o requerimento desta, dando-se enfoque na competência de jurisdição sobre a matéria quando inexistente o fundamento da urgência e ainda não encontra-se instruído o tribunal arbitral. A proposta consiste em enquadrar a ação probatória na arbitragem, priorizando a autonomia de vontade das partes e tornando o processo eficaz para estas.

Palavras-chave: produção antecipada de provas; urgência; tribunal arbitral.

Sumário: 1.INTRODUÇÃO 2. A NATUREZA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CPC 2.1 FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA 3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO JUÍZO ARBITRAL 3.1 EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM 3.2 INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA E TRIBUNAL ARBITRAL JÁ INSTAURADO 4.INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA E O JUÍZO PRÉ-ARBITRAL 4.1 A PRODUÇÃO ANTECIPA-

DA DE PROVAS FUNDADA NA URGÊNCIA 4.1.1 Arbitragem de Emergência 4.2
 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NÃO FUNDADA NA URGÊNCIA
 4.2.1 Controvérsias 5. PROPOSTA 6. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

Como cediço, a arbitragem vem se consolidando cada vez mais como uma eficiente alternativa de resolução de conflitos, tendo em vista as benesses que resguarda: celeridade, especialidade e imparcialidade.

Desde que fora instituída e regularizada pela Lei 9.307/96 diversos aspectos relativos à arbitragem se tornaram objeto de debates doutrinários, tendo em vista a linha tênue que a divide do processo civil e as possíveis omissões que se fazem presentes no instituto da arbitragem. Dentre as lacunas existentes e sobre as quais a doutrina recai pretendendo preencher, encontra-se a produção antecipada de provas na arbitragem, instituto previsto entre os artigos 381 e 383 do Código de Processo Civil de 2015.

Prevê o CPC/15 três fundamentos para o pedido de produção antecipada de provas: tutela cautelar, autocomposição das partes e a racionalização da prestação jurisdicional, todavia, apenas o primeiro fundamento encontra amparo legal na Lei de Arbitragem, através do seu art. 22-A.

Assim sendo, a problemática recai, em específico, sobre a possibilidade e a competência para a produção antecipada de provas quando não há o fundamento da urgência e também não há tribunal arbitral instituído, enquanto que existem respostas definitivas para as outras três possibilidades existentes: i) a convenção de arbitragem expressamente regula o assunto, definindo se a competência será do tribunal arbitral ou do juízo estatal; ii) não há previsão expressa na convenção de arbitragem, mas o tribunal arbitral já foi instalado; iii) há urgência e não há previsão expressa na convenção de arbitragem nem o tribunal arbitral fora instituído.

Postas estas considerações, o presente trabalho pretende realizar uma análise a respeito da produção antecipada de provas no juízo arbitral, se debruçando sobre as consequências e métodos de procedimento a partir do momento em que se é feito o requerimento

da ação probatória e da existência ou não de previsão na cláusula arbitral, recaindo principalmente sobre a problemática referente a produção antecipada de provas quando inexistente o requisito da urgência e não há tribunal arbitral instituído, buscando se aprofundar nas possibilidades de suprimento desta lacuna na arbitragem.

2. A NATUREZA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CPC

O direito a prova é um direito fundamental de conteúdo complexo¹ e andando juntamente com o direito ao contraditório, se revela uma garantia fundamental às partes do processo.

A ação de produção antecipada de prova, como preconiza Fredie Didier é “demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria”². Assim, constitui ação autônoma (podendo ser um incidente processual)³, em sede de jurisdição voluntária, através da qual se busca o reconhecimento do direito autônomo à prova, direito este que constitui um fim em si mesmo, afinal, a ação se esgota na produção da prova.

Em razão deste caráter, a sentença da ação se limita apenas ao reconhecimento do direito, ao regular procedimento de produção da prova e a homologação desta, e, como prevê o art. 382, §2º do Código de Processo Civil⁴, o juiz não irá valorar a prova, ou seja, não se pronunciará sobre a ocorrência ou inoocorrência do fato nem sobre as suas consequências jurídicas. A valoração da prova será feita em outro momento; isso se houver necessidade, já que o requerente pode não ajuizar futura demanda⁵.

1 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora JusPodivm, 2020, p.169;

2 *Idem*. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora JusPodivm, 2020, p.169;

3 *Ibidem*, p.171;

4 Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair. § 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

5 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op cit*, 2020, p. 170.

2.1. Fundamentos do pedido de produção antecipada de prova

Durante a vigência do CPC/73, o procedimento da produção antecipada de provas possuía natureza eminentemente cautelar, sendo reconhecida procedente somente quando existisse fundamento receio de que viesse a se tornar impossível ou muito difícil a verificação de fatos na pendência da ação⁶. Revela-se assim uma condição de natureza urgente que permanece no atual Código de Processo Civil, no art. 381, I.⁷

Além deste fundamento, o CPC/15, através do art. 381, incisos II e III⁸, ampliou as hipóteses de produção antecipada de prova para que, através destas, as partes sintam-se desestimuladas de recorrer ao Poder Judiciário, ou para permitir um melhor dimensionamento de sua condução, estimulando por outra via, a opção pela autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC/15)⁹ e a racionalização da prestação jurisdicional.¹⁰

Resumidamente, os novos incisos trouxeram a oportunidade de a prova produzida antecipadamente ser capaz de viabilizar eventual acordo entre as partes, estimulando a consensualidade, e ainda, permitir o prévio conhecimento dos fatos para justificar ou evitar o ajuizamento de ação futura.

6 Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

7 Art. 381, I. Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I- Haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

8 Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação;

9 Art. 3º, §2º, §3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

10 CAPPELLETTI, Mauro, BRYAN, Garth. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 30. *Apud.* MAZZOLA, Marcelo TEMAS CONTEMPORÂNEOS NA ARBITRAGEM: DO CLÁSSICO AO CIRCUITO ALTERNATIVO E ALGUNS “CURTAS-METRAGENS”. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo | vol. 291/2019 | p. 427 - 466 | Maio / 2019 DTR\2019\27895. Editora Thomson Reuters, p. 430.

3. A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO JUÍZO ARBITRAL

Como supramencionado, o direito a prova constitui direito fundamental e, portanto, deve ser assegurado tanto aos litigantes da jurisdição estatal, quanto da jurisdição arbitral. Assim, é indiferente ao direito autônomo à prova se eventual controvérsia de direito material será dirimida no juízo estatal ou no juízo arbitral. Em ambas as hipóteses, a produção antecipada pode ser de fundamental importância para as partes obterem elementos que permitam concluir pelo ingresso ou não em juízo, ou, pela busca da autocomposição (quando não presente a urgência).¹¹

Na arbitragem a requisição da produção antecipada de provas obterá distintos deslindes a partir do momento em que é feito o pedido e da previsão ou não desta possibilidade na convenção de arbitragem.

Assim, podemos de antemão prever quatro situações distintas: i) A convenção de arbitragem expressamente regula o assunto, definindo se a competência será do tribunal arbitral ou do juízo estatal; ii) Não há previsão expressa na convenção de arbitragem e o tribunal arbitral já foi instaurado; iii) Não há previsão expressa na convenção de arbitragem e o tribunal arbitral não foi instalado, mas há urgência; iv) Não há previsão expressa na convenção de arbitragem, o tribunal arbitral não foi instalado e não há urgência¹²

3.1. Existência de previsão expressa na convenção de arbitragem

A hipótese de existência de previsão expressa na convenção arbitral a respeito de qual será o juízo competente- estatal ou arbitral, para processar eventual procedimento de produção antecipada de provas é o caminho mais simples a ser seguido.

11 ROSSONI, Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo Societário - Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p.310;

12 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora JusPodivm, 2020, p. 177.

Isso porque, não há dúvidas quanto ao cabimento do juízo, afinal, as partes, no uso da autonomia privada, definiram a qual jurisdição se submeteriam em caso de necessidade de produção antecipada de provas, sendo certo que o rito a ser observado será aquele previsto na lei processual, diante de sua aplicação subsidiária, no que couber.¹³

Vale destacar que nesta situação também se enquadra a hipótese de as partes não determinarem na convenção de arbitragem o juízo competente, mas fixarem antecipadamente a câmara arbitral cujo regulamento contém previsão expressa desta situação. Assim, será competente para julgar a produção antecipada de provas o juízo definido nas regras da câmara, afinal, o regulamento da câmara escolhida passa a fazer parte da convenção de arbitragem, vinculando as partes.¹⁴

3.2. Inexistência de previsão expressa e tribunal arbitral já instaurado

A questão que se põe a analisar aqui é que após instituído o tribunal arbitral não há mais o cabimento para a produção antecipada de provas, afinal, seu intuito precípua é produzir provas úteis em momento anterior a instituição do tribunal arbitral, inclusive, como preceitua o art.381, III do CPC/15¹⁵, para poderem as partes decidirem se recorrem ao arbitragem ou não.

Assim sendo, neste caso não haverá um procedimento autônomo de produção antecipada de provas e sim, um incidente decorrente da mesma relação jurídica, porém relativo a outro litígio e, na eventualidade de ser instaurado o segundo litígio, ele não necessariamente será processado perante o mesmo tribunal arbitral¹⁶.

13 MAZZOLA, Marcelo TEMAS CONTEMPORÂNEOS NA ARBITRAGEM: DO CLÁSSICO AO CIRCUITO ALTERNATIVO E ALGUNS “CURTAS-METRAGENS”. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo | vol. 291/2019 | p. 427 - 466 | Maio / 2019 DTR\2019\27895. Editora Thomson Reuters, p. 431;

14 MEIRELES, Carolina Costa. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA. Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 451 - 478 | Maio / 2020 DTR\2020\6812. Editora Thomson Reuters, p. 452;

15 Art. 381, III. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

16 MEIRELES, *Op cit.*, p. 452

Importante destacar que nesta hipótese é relevante saber em qual momento é instituído o tribunal arbitral, determinado o art. 19 da Lei de Arbitragem¹⁷ que se considera instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for o único, ou por todos, se forem vários.

De todo modo, será do árbitro a competência para processar o requerimento de produção antecipada de provas quando já instituído o tribunal arbitral e a convenção de arbitragem nada dispuser a respeito.

Neste sentido prevê o regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM):

5.2 Medidas de Urgência depois de constituído o Tribunal Arbitral. Após a constituição do Tribunal Arbitral, as partes poderão a qualquer tempo, antes de proferida sentença arbitral, requerer a adoção de medidas conservatórias ou reparatórias a fim de preservar bens ou direitos.¹⁸

A título de confirmação, podemos verificar, a partir da interpretação do art. 22-B, caput¹⁹ e parágrafo único²⁰ da Lei de Arbitragem que após instaurado o tribunal arbitral, caberá ao árbitro a concessão da medida cautelar ou de urgência (um dos fundamentos para a produção antecipada de provas). Assim, sabe-se que neste momento todos os poderes são transferidos ao árbitro, podendo o Judiciário interferir excepcionalmente nas hipóteses de necessidade de medidas coercitivas ou por meio de pedido de co- operação pelo tribunal (art. 22-C, Lei de Arbitragem²¹)²²

17 Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

18 BRASIL. CAM. Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado. Disponível em: <file:///C:/Users/Peach/Downloads/nova-regulamentacao.pdf>

19 Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

20 Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

21 Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

22 MEIRELES, Carolina Costa. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA. Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 451 - 478 | Maio / 2020 DTR\2020\6812. Editora Thomson Reuters, p 452;

4. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA E O JUÍZO PRÉ-ARBITRAL

Inexistindo previsão expressa na cláusula arbitral e não tendo sido instituído o tribunal arbitral, nos deparamos com dois caminhos distintos: se a produção antecipada de provas é fundada no caráter da urgência (art. 381, I, CPC/15)²³ ou se a produção antecipada de provas não é fundada na urgência (art. 381, II e III, CPC/15).²⁴

4.1. A produção antecipada de provas fundada na urgência

Prevê o art. 22-A da Lei de Arbitragem²⁵ que poderão as partes, antes de instituída a arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência e, como cediço, na produção antecipada de provas haverá urgência quando existir risco de a prova não mais poder ser produzida, buscando-se a produção de uma prova que “perpetue a memória da coisa” (*prova ad perpetuam rei memoriam*).²⁶

O que ocorre é que não há um juízo arbitral com jurisdição para decidir acerca desta liminar e, a fim de combater este “vácuo”, a Lei de Arbitragem traz esta faculdade em relação ao Poder Judiciário para a concessão da medida cautelar ou de urgência e somente elas, nada dispondo a respeito da produção antecipada de provas referente aos incisos II e III do art. 381 do CPC.²⁷

23 Art. 381, I. Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I- Haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

24 Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação;

25 Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

26 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora JusPodivm, 2020, p.172

27 Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação;

Neste sentido, cumpre mencionar o entendimento de José Eduardo Carreira Alvim, que preconiza que:

A doutrina tem admitido o recurso à justiça estatal quando ainda não instituída a arbitragem, dado o caráter urgente da medida, e porque para a instituição do juízo arbitral ‘são necessários vários passos, caminhos, assinaturas de documentos’, não podendo a parte interessada esperar²⁸

Tendo em vista esta faculdade conferida pela Lei de Arbitragem, há regulamentos que expressamente a preveem nos incisos relativos as medidas de urgência, como se verifica no regulamento da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC):

ARTIGO 8 - MEDIDAS DE URGÊNCIA

8.2. Havendo urgência, quando ainda não instituído o Tribunal Arbitral, as partes poderão requerer medidas cautelares ou coercitivas à autoridade judicial competente, se outra forma não houver sido expressamente estipulada por elas. Nesse caso, a parte deverá dar ciência ao CAM-CCBC das decisões²⁹

Por outro lado, em interpretação literal do artigo 22-A³⁰, vislumbra-se que o legislador optou por deixar uma abertura semântica com a utilização do termo “poderão”, revelando uma faculdade que possibilita às partes recorrerem a outras vias para a concessão da tutela de urgência que não a estatal e, como alternativa que não ultrapassa o universo da arbitragem, vêm sendo adotada a figura do árbitro de emergência.

4.1.1. Arbitragem de emergência

O árbitro de emergência, também denominado de árbitro de urgência ou árbitro de apoio, surge, como supramencionado, como alternativa para a concessão de medidas de urgência quando ain-

28 CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Direito Arbitral, 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 335. *Aupd.* DA COSTA, Marcos Gomes. Tutela de Urgência e Processo Arbitral. São Paulo, 2013. Dissertação de Mestrado- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo- USP, p.97;

29 BRASIL. CAM-CCVC. Regulamento de Arbitragem. Janeiro, 2012. Artigo 8º. Disponível em: <https://storage.googleapis.com/stateless-ccbc-org-br/2018/09/a1dc1322-rn-01-01-regulamento-de-arbitragem.pdf>.

30 Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

da não estiver constituído o tribunal arbitral e se faz necessário produzir ou preservar provas que servirão de sustentáculo ao bom desenvolvimento do procedimento arbitral³¹. Ele irá exercer uma jurisdição cognitiva, sumária e privada dentro da própria jurisdição arbitral, e está se tornando uma figura de destaque no âmbito da arbitragem brasileira.

Todavia, partindo-se do pressuposto de que a tutela estatal é a regra para a hipótese de concessão da medida de urgência antes de instituído o tribunal arbitral, para que o árbitro de emergência atue, faz-se necessário constar na convenção de arbitragem a opção por esta via ou ser ela prevista no regulamento da câmara arbitral.

Daí decorrem os sistemas *opt in*, que consiste na anuência expressa das partes na convenção de arbitragem pela utilização do árbitro de emergência e o *opt out*, que é a anuência tácita, quando o regulamento da câmara o adota expressamente.³²

Temos como exemplo de câmara arbitral brasileira que adota o sistema *opt out* a Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná (CAMFIEP), que, no art. 7º prevê:

7.1. A CAMFIEP manterá um corpo permanente de Árbitros de Emergência à disposição das Partes, com o objetivo de atender às solicitações de medidas de urgência requeridas antes da instituição da Arbitragem e que não possam aguardar pela constituição de Tribunal Arbitral para serem apreciadas.

7.5. As Partes que desejarem excluir a aplicação do regime de Arbitragem de Emergência poderão prever esta exclusão expressamente em sua Convenção Arbitral, caso em que não será aplicável o procedimento previsto nesta Seção, devendo as medidas urgentes anteriores à instituição da Arbitragem (item 13.7 deste Regulamento) ser submetidas ao órgão judiciário competente.³³

Do regulamento vislumbra-se que ainda que o árbitro de emergência seja o instituto de aplicação imediata quando requeridas as medidas de urgência, a atuação do poder judiciário fica em segundo plano para, caso as partes queiram, recorram a ele.

31 ARBITRAGEM E O PODER JUDICIÁRIO: ASPECTOS RELEVANTES” COELHO, Eleonora. In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). “Aspectos Práticos da Arbitragem”. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 109

32 BIAZOTTI, Thiago. Arbitragem de Emergência. Disponível em: <https://www.navarro.adv.br/noticia/arbitro-de-urgencia/>

33 BRASIL. Regulamento CAMFIEP 2015, artigo 7º. Disponível em: <http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/regulamento-camfiep-2015-1-20704-297454.shtml>

De todo modo, após a indicação do árbitro de emergência, assim como da atuação do poder estatal, estes possuirão jurisdição somente sobre a medida cautelar³⁴, encerrando-se quando o tribunal arbitral efetivo é constituído. E, conforme se depreende do art. 22-B da Lei de Arbitragem³⁵, poderá o tribunal arbitral manter, modificar ou extinguir a medida concedida e de maior importância, poderá a prova produzida ser utilizada como prova emprestada, à luz do art. 372 do CPC³⁶.

4.2. A produção antecipada de provas não fundada na urgência

Como visto, antes de instaurado o tribunal arbitral, em regra, compete ao juízo estatal as medidas urgentes decorrentes da relação firmada na convenção arbitral, aplicando-se inclusive, à produção antecipada de provas fundada em razões de urgência.

Todavia, tendo em vista a existência do direito autônomo à prova independentemente da urgência, e sendo esta hipótese atípica, surge a problemática referente a competência- se do juízo arbitral ou estatal- para processar a produção antecipada de provas fundada nas hipóteses que dispensam a urgência (as previstas nos incisos II e III da art. 381 do CPC/15) e ainda, se esta ação probatória sem requisito da urgência seria arbitrável.

Neste caso existe certa controvérsia quanto o cabimento da produção antecipada de provas em razão da eleição do juízo arbitral (art. 42 do CPC/15)³⁷ e da competência do árbitro para deferir as provas necessárias (art. 22 da Lei nº 9.307/96³⁸).³⁹

34 RIBEIRO, Natália de Carvalho. O árbitro de emergência: uma análise do instituto sob o viés da prática internacional e do contexto brasileiro. Rio de Janeiro, 2016. Trabalho de Conclusão de Curso. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS- ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO p. 12

35 Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

36 Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

37 Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

38 Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

39 MAZZOLA, Marcelo TEMAS CONTEMPORÂNEOS NA ARBITRAGEM: DO CLÁSSICO AO CIRCUITO ALTERNATIVO E ALGUNS “CURTAS-METRAGENS”. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo | vol. 291/2019 | p. 427 - 466 | Maio / 2019 DTR\2019\27895. Editora Thomson Reuters, p. 431;

Em primeiro plano é preciso levar em consideração os princípios processuais que norteiam a arbitragem, como o devido processo legal, e em especial, a autonomia da vontade, princípios estes que devem ser postos em evidência nas relações privadas firmadas na convenção de arbitragem para que o procedimento seja justo, eficiente e célere.

Colocando em preponderância o princípio da autonomia da vontade⁴⁰, faz-se necessário, diante do embate em relação à competência para julgar a produção antecipada de provas antes de instituído o tribunal arbitral, levar em consideração a vontade das partes posta na convenção de arbitragem, como já visto.

Assim, o primeiro passo a ser dado é analisar a cláusula arbitral e verificar se as partes estabeleceram regramento para produção antecipada de provas.⁴¹ Existindo especificação do juízo competente - ainda que não seja comum- será este quem irá julgar a ação probatória, independentemente se arbitral ou estatal pois, em atenção a autonomia da vontade, será priorizado o que fora pactuado pelas partes.

Em sendo o caso de as partes não preverem expressamente a competência para julgar a ação probatória, deverá ser realizada a interpretação da convenção de arbitragem para a resolução da problemática⁴².

Neste sentido, faz-se necessária uma interpretação que vise respeitar a boa-fé, de modo que as consequências jurídicas não afrontem os padrões de lealdade e honestidade, e de maior importância, que se vise a preservação da convenção de arbitragem, afinal, ela é a evidência e certeza de que as partes têm a intenção de submeter todos os conflitos à justiça privada.⁴³

40 ROSSONI, Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo Societário - Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p.313;

41 *Idem*. Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo Societário - Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p.313;

42 MEIRELES, Carolina Costa. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA. Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 451 - 478 | Maio / 2020 DTR\2020\6812. Editora Thomson Reuters, p. 454;

43 *Idem*. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA. Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 451 - 478 | Maio / 2020 DTR\2020\6812. Editora Thomson Reuters, p. 454;

Como aventado, nas situações em que a urgência se faz presente, sem maiores problemáticas, podem as partes livremente optar pelo uso do juízo estatal ou pelo juízo arbitral, através da arbitragem de emergência. Se assim o é, não há maiores razões que justificassem que na inexistência da urgência- ainda que a Lei de Arbitragem não preveja tal hipótese, sejam as partes impedidas de convencionarem o juízo, afinal, seria um confronto aos princípios fundamentais da arbitragem.⁴⁴

Esta assertiva, inclusive, é reafirmada no art. 2º, §1º da Lei de Arbitragem: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

Por outro lado, surge a controvérsia propriamente dita quando não há previsão expressa das partes na convenção de arbitragem e não é possível auferir, a partir da sua interpretação, indícios de vontade das partes.

Diante deste caso, imperioso afirmar, de plano, que a produção antecipada de prova, sem o requisito da urgência, é arbitrável. Isso porque, em que pese a Lei de Arbitragem não trate expressamente desta possibilidade, ela revela em seus incisos os poderes nos quais é investido o árbitro, o considerando como juiz de fato ou de direito com autonomia perante o poder judiciário, equiparando a força de suas sentenças às sentenças estatais (art. 18⁴⁵ e 31⁴⁶ da Lei de Arbitragem) e mais importante, reconhecendo sua capacidade para determinar a produção de provas na arbitragem (art. 22)⁴⁷.

Somando-se a estes fatores, fato é que a intervenção do juízo estatal na arbitragem apenas ocorre em situações excepcionalíssimas, o que reafirma ser a ação probatória arbitrável e o juiz arbitral ser, em regra, competente para o processamento. Neste senti-

44 ROSSONI, Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo Societário - Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p.313.

45 Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

46 Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

47 Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

do, afirma a doutrina: “salvo exceção que conste expressamente na cláusula compromissória, a renúncia à jurisdição estatal abrange todas as questões que possam se inferir dos limites objetivos da arbitralidade da controvérsia”⁴⁸

Segundo Caio Cesar Rocha, a intervenção do Poder Judiciário possui três funções:

- (1) garantir coercitivamente a efetivação das decisões arbitrais;
- (2) assegurar a instauração do processo arbitral em caso de resistência não motivada e, (3) controlar a regularidade formal do desenvolvimento do processo arbitral, com observância do princípio do devido processo legal.⁴⁹

E ainda, poderá intervir excepcionalmente o juízo estatal para conceder as tutelas de urgência (art.22-A, Lei de Arbitragem)⁵⁰, como já visto, e cooperar com árbitro quando provocado, através da carta arbitral (art. 22-C, Lei de Arbitragem⁵¹).⁵²

Assim, não sendo a produção de provas, em regra, uma das hipóteses que enseja a intervenção excepcional do juízo estatal, somando-se aos poderes que recaem sobre o árbitro, não há justificativas plausíveis para que esta ação probatória seja submetida ao crivo do judiciário.

48 MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel; TRAVASSOS, Marcela Maffei Quadra.. Medidas liminares em arbitragem e sociedades limitadas. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.. Processo Societário. São Paulo: Quartier Latin. p. 242. *Apud*. ROSSONI, Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo Societário - Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 8;

49 ROCHA, Caio Cesar Vieira. Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012. p. 289. *Apud*. MEIRELES, Carolina Costa. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA. Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 451 - 478 | Maio / 2020 DTR\2020\6812. Editora Thomson Reuters, p. 456.

50 Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência);

51 Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência);

52 MEIRELES, Carolina Costa. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA. Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 451 - 478 | Maio / 2020 DTR\2020\6812. Editora Thomson Reuters, p.456.

4.2.1. *Controvérsias*

Partindo do pressuposto de que a Lei de Arbitragem estabelece como regra geral a competência do juízo arbitral para decidir as questões submetidas à arbitragem, salvo disposição expressa em contrário, há de se presumir que a ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência será processada e regulada por esta regra geral.⁵³

Como argumentos em prol desta possibilidade, tem-se que no procedimento de produção antecipada de provas não há vencidos e vencedores nem formação de coisa julgada⁵⁴ pois “o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas” (art. 382 §2º do CPC/15).

Também não será admitida defesa ou recurso no procedimento, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382 §4º, CPC)⁵⁵, o que também se mostra um fator positivo, afinal, favorece que seja um procedimento imediatista como desejam as partes.

Ademais, a produção antecipada de provas goza de caráter dúplice capaz de beneficiar o requerente e o requerido pois, quando o juiz defere a medida não é possível saber quem irá se beneficiar da prova⁵⁶ já que neste momento ele não irá valorá-la, limitando-se apenas a reconhecer o direito e homologar a prova produzida, ocorrendo a valoração apenas pelo juízo da demanda que irá utilizar esta prova.

Há ainda o fator previsto no art.381, §3º do CPC⁵⁷ que determina que a produção antecipada de provas não torna prevento o juízo para a ação que venha a ser proposta, o que coaduna com o

53 ROSSONI, Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo Societário - Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p.318;

54 MAZZOLA, Marcelo. TEMAS CONTEMPORÂNEOS NA ARBITRAGEM: DO CLÁSSICO AO CIRCUITO ALTERNATIVO E ALGUNS “CURTAS-METRAGENS”. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo | vol. 291/2019 | p. 427 - 466 | Maio / 2019 DTR\2019\27895. Editora Thomson Reuters, p. 431;

55 Art. 382, § 4º. Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.;

56 MAZZOLA, *Op cit.*, p. 431;

57 Art. 381 § 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta;

previsto na Lei de Arbitragem, a qual não vincula a medida cautelar ou de urgência pré-arbitral ao tribunal arbitral, e por analogia, poderíamos aplicar aqui.

Por fim, sob o prisma da economia e eficiência processual, este procedimento se mostra fundamental para reduzir os custos das partes quando a matéria que futuramente seria levada ao tribunal arbitral demandaria somente a produção de uma prova para decidir acerca do direito discutido. Com a utilização desta ação probatória, se permitiria eventual autocomposição ou evitaria a instauração de processo arbitral, tornando desnecessária a contratação de advogados, árbitros e os custos com a arbitragem em si.⁵⁸

Em sentido contrário, há quem defenda ser incompetente o juízo arbitral para a produção antecipada de provas tendo em vista este não gozar do poder de execução das suas medidas (ser desprovido do poder de *imperium*) para determinar o cumprimento de suas decisões.⁵⁹

Todavia, a ausência deste poder não se manifesta somente nos procedimentos pré-arbitrais, mas também quando já instituído o tribunal arbitral, na fase instrutória da demanda principal. De qualquer modo, diante da possibilidade de descumprimento das decisões proferidas pelo árbitro, a própria Lei de Arbitragem traz no art. 22-C⁶⁰ o instituto da carta arbitral, através da qual o poder judiciário adquire jurisdição sobre o processo, determinando o cumprimento das medidas, em razão do seu poder executório.⁶¹

Assim, se este argumento fosse plausível e procedente, impedindo a produção probatória em momento pré-arbitral, seria uma verdadeira incoerência pois o tribunal arbitral, por consequência, também seria impedido de instruir eventuais produções de provas ao longo do procedimento arbitral e a própria demanda submetida

58 MAZZOLA, *Op cit.*, p. 431;

59 ROSSONI, Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo Societário - Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p.316;

60 Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

61 ROSSONI, *Op cit.*, p. 316;

a ele, e ainda, seria o árbitro impedido de decidir acerca das medidas de urgência anteriores ao procedimento arbitral.⁶²

Portanto, tendo em vista que as partes, em decisão absolutamente deliberada, recorrem a arbitragem para o processamento da ação de produção antecipada de provas -ainda que esta seja uma hipótese atípica, é preciso priorizar pela manutenção da jurisdição sobre a matéria no âmbito da arbitragem, visando principalmente o princípio da autonomia da vontade e recorrendo-se ao judiciário somente nas situações excepcionais ora demonstradas ou quando as partes, na convenção de arbitragem, determinarem.

5. PROPOSTA

A partir das considerações expostas e atentando para o fato de que é o juízo arbitral quem possui jurisdição em momento pré-arbitral sobre a ação de produção antecipada de provas quando inexistente disposição em contrário na convenção de arbitragem, imperioso se faz trazer uma abordagem das melhores soluções para lidar com esta situação.

Sabe-se que a antecipação probatória sem a urgência no âmbito da arbitragem constitui uma hipótese atípica e, visando a aplicação dos princípios do devido processo legal e da autonomia da vontade no processo, a fim de que o procedimento seja mantido na seara arbitral, conforme a vontade das partes, duas soluções se mostram plausíveis.

Primeiramente, tendo em vista que as disposições constantes na cláusula arbitral são as aplicáveis ao procedimento arbitral e pré-arbitral (art.2º, §1º, Lei de Arbitragem)⁶³ e que, existindo convenção quanto ao juízo competente para julgar a possível necessidade de produção antecipada de provas será esta respeitada, devem as partes, no momento da formação da cláusula, apresentarem expressamente sua vontade para evitar maiores dificuldades na definição futura.

62 *Idem*. Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Processo Societário - Volume III. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p.316

63 Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Outra solução plausível para suprir esta lacuna é a utilização da arbitragem expedita. Esta constitui uma forma de solução de controvérsias menos custosa, mais curta, simplificada e por isso, mais célere.

Isso porque, considerando que a ação de produção antecipada de provas possui função apenas homologatória, demonstrando-se um procedimento simplificado em comparação aos procedimentos ordinários, utilizar-se desta via e gozar das suas benesses seria extremamente benefício para as partes, pois, do contrário, se submeteriam a um procedimento mais custoso, complexo e, possivelmente, com pluralidade de árbitros.

As regras do procedimento arbitral expedito estão previstas no art. 30, apêndice VI do atual regulamento de arbitragem da CCI, aplicando-se o regramento da arbitragem expedita quando: (i) a convenção arbitral tiver sido celebrada após 01/03/17; (ii) a quantia em disputa não for superior a US\$ 2.000.000,00; e (iii) as partes contratantes não terem afastado a incidência da arbitragem expedita à hipótese litigiosa na convenção de arbitragem ou em momento posterior à sua celebração.⁶⁴

Assim, optando as partes por instituírem o CCI com câmara responsável por dirimir seus litígios, estarão estas automaticamente vinculadas a estas disposições, caso atendam aos requisitos, evitando a sua aplicabilidade apenas se trouxerem essa vontade expressa na cláusula arbitral (sistema *opt-out*).

No Brasil o instituto da arbitragem expedita ainda é pouco adotado, mas já existem Câmaras arbitrais que a adotam, como o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (“CBMA”), o qual, desde 2015 implementou este procedimento.⁶⁵

O procedimento de arbitragem expedita poderá ser utilizado para causas de menor complexidade e de valores limitados e terá como características a celeridade, a simplicidade e a redução de custos para as partes envolvidas. O litígio na via expedita será sempre dirimido por árbitro único. Qualquer alteração a este Pro-

64 VAUGHN, Gustavo Fávero; FROIS, Felipe Ribeiro. Arbitragem expedita pelo regulamento da CCI. Maio, 2018. Disponível em: file:///C:/Users/Peach/Downloads/Arbitragem_expedita_pelo_regulamento_da.pdf;

65 *Idem*. Arbitragem expedita pelo regulamento da CCI. Maio, 2018.

cedimento que venha a ser acordada pelas partes será aplicada somente ao caso específico.⁶⁶

E tanto é evidente a celeridade deste procedimento que prevê o inciso 3.1 do mesmo regulamento que “3.1. O árbitro único deverá prolatar sentença dentro de 15 (quinze) dias úteis, contados do recebimento das alegações finais. Esse prazo poderá ser prorrogado, a critério do árbitro, sem necessidade de consentimento das partes, por mais 15 (quinze) dias úteis.”

Também adota o instituto a Câmara de Arbitragem e Conciliação do Centro Brasileiro de Arbitragem Marítima (“CBAM”), disciplinando-o, através da regra 25 do seu regulamento e prevendo que:

25.2 Aplicar-se-á o procedimento de arbitragem expedita contido nesta Regra quando:

- a) as partes assim elegerem, ou;
- b) a disputa não exceder o montante equivalente a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por ocasião do requerimento de instauração da arbitragem, considerado o total dos valores pedidos na reclamação e reconvenção, se houver.⁶⁷

Assim, vislumbra-se a arbitragem expedita como um meio capaz de concretizar objetivos precípuos da arbitragem: celeridade, validade e eficácia, além de incrementar com a simplicidade do procedimento e com a redução dos custos (tendo em vista que a arbitragem não possui baixos custos), e por isso se mostra uma ótima alternativa de processo arbitral específico para o procedimento simplificado que é a antecipação probatória, afinal, possivelmente, terão as partes que enfrentar um grande lapso temporal com a possível demanda que será ajuizada, além do necessário dispêndio monetário a mais para isso.

6. CONCLUSÃO

Diante de todas as considerações e propostas apresentadas, sabe-se que o procedimento de produção antecipada de provas

66 BRASIL. CBMA. Procedimento para Arbitragem Expedita- Válido a partir de 01/12/2015. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.cbma.com.br/procedimento_arbitragem_expedita;

67 BRASIL. CBAM. Regulamento Da Câmara De Arbitragem e Conciliação do Centro Brasileiro de Arbitragem Marítima. Disponível em: <https://cbam.com.br/regulamento/>.

fundado nos incisos II e III do art. 385 do CPC, quando inexistente o caráter da urgência, constitui hipótese atípica no âmbito da arbitragem.

Todavia, em que pese não exista tal previsão legal, mostra-se fundamental a admissão de tal procedimento no universo da arbitragem, detendo o juízo arbitral competência para julgá-lo, tendo em vista todos os elementos que convergem para a não intervenção do juízo estatal quando as partes optarem pelo uso da justiça privada.

Em razão do caráter homologatório desta ação probatória e de todos os argumentos apresentados em prol da jurisdição arbitral, verifica-se que as benesses da manutenção do procedimento em um único juízo se sobrepõem aos argumentos contrários a tal hipótese.

É preciso considerar também os objetivos almejados com a produção antecipada da prova sem o caráter da urgência, quais sejam: a possível autocomposição das partes e a racionalização da prestação jurisdicional, os quais revelam vantagens tanto para o poder estatal quanto para as partes, evitando a sobrecarga do primeiro e auxiliando as segundas na redução de gastos e no melhor direcionamento dos seus interesses.

Assim, levando em consideração que a autonomia da vontade das partes é posta em primeiro plano na arbitragem, devem as partes se atentarem aos termos da cláusula arbitral, determinando expressamente, caso queiram, os limites da competência da jurisdição estatal sobre a ação probatória.

Ademais, a proposta da adoção da arbitragem expedita para processar esta demanda se mostra como uma ótima via para suprir a lacuna existente na Lei de Arbitragem, revelando-se um processo arbitral específico e capaz de garantir a produção antecipada de provas juntamente com todos os benefícios que possui.

REFERÊNCIAS

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm Acesso em: **10/08/2020**

BRASIL. LEI Nº 5.869 DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Código de Processo Civil (1973). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm Acesso em: 13/08/2020

BRASIL. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm
Acesso em:10/08/2020

BRASIL. CAM. Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado. Disponível em: <file:///C:/Users/Peach/Downloads/nova-regulamentacao.pdf> Acesso em:18/08/2020

BRASIL. CAM-CCVC. Regulamento de Arbitragem. Janeiro, 2012. Disponível em: <https://storage.googleapis.com/stateless-ccbc-org-br/2018/09/a1dc-1322-rn01-01-regulamento-de-arbitragem.pdf>. Acesso em:18/08/2020

BRASIL. Regulamento CAMFIEP 2015. Disponível em:<http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/regulamento-camfiep-2015-1-20704-297454.shtml> Acesso em:18/08/2020

BRASIL. CBMA. Procedimento para Arbitragem Expedita- Válido a partir de 01/12/2015. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.cbma.com.br/procedimento_arbitragem_expedita; Acesso em: 18/08/2020

BRASIL. CBAM. Regulamento Da Câmara De Arbitragem e Conciliação do Centro Brasileiro de Arbitragem Marítima. Disponível em: <https://cbam.com.br/regulamento/>. Acesso em: 18/08/2020

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória*. 15ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora JusPodivm, 2020.

ROSSONI. *Produção antecipada de prova sem requisito da urgência e juízo arbitral no direito societário: breves considerações sobre a competência para sua produção*. Em YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. *Processo Societário - Volume III*. São Paulo: Quartier Latin, 2018. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5329221/mod_resource/content/0/ROSSONI%2C%20Igor%20%20Produ%C3%A7%C3%A3o%20antecipada%20de%20prova%20sem%20requisito%20da%20urg%C3%Aancia%20e%20ju%C3%ADzo%20arbitral.pdf. Acesso em:10/08/2020

MAZZOLA, Marcelo. *TEMAS CONTEMPORÂNEOS NA ARBITRAGEM: DO CLÁSSICO AO CIRCUITO ALTERNATIVO E ALGUNS “CURTAS-METRAGENS”*. Revista dos Tribunais Online. Revista de Processo | vol. 291/2019 | p. 427 - 466 | Maio / 2019 DTR\2019\27895. Editora Thomson Reuters. Disponível em: https://www.academia.edu/39036203/Temas_contempor%C3%A2neos_na_arbitragem_do_cl%C3%A1ssico_ao_circuito_alternativo_e_alguns_cur

tas_metragens_TEMAS_CONTEMPOR%C3%82NEOS_NA_ARBITRAGEM_DO_CL%C3%81SSICO_AO_CIRCUITO_ALTERNATIVO_E_ALGUNS_CURTAS_METRAGENS_ Acesso em:11/08/2020

MEIRELES, Carolina Costa. *PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA E ARBITRAGEM: UMA ANÁLISE SOBRE COMPETÊNCIA*. Revista de Processo | vol. 303/2020 | p. 451 - 478 | Maio / 2020 DTR\2020\6812. Editora Thomson Reuters. Disponível em:https://www.academia.edu/42871844/PRODU%C3%87%C3%83O_ANTECIPADA_DE_PROVA_E_ARBITRAGEM_UMA_ANALISE_SOBRE_COMPET%C3%8ANCIA. Acesso em:10/08/2020

DA COSTA, Marcos Gomes. *Tutela de Urgência e Processo Arbitral*. São Paulo, 2013. Dissertação de Mestrado- Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo- USP. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10012014-164555/publico/Dissertacao_mestrado_Tutela_de_Urgencia_e_Processo_Arbitral.pdf Acesso em: 13/08/2020

ARBITRAGEM E O PODER JUDICIÁRIO: ASPECTOS RELEVANTES” COELHO, Eleonora. In GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). “*Aspectos Práticos da Arbitragem*”. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006. Disponível em: <http://eleonoracoelho.com.br/wp-content/uploads/2018/06/05-arbitragemopoderjudiciario-aspectospraticos-2006.pdf>

BIAZOTTI, Thiago. *Arbitragem de Emergência*. Disponível em: <https://www.navarro.adv.br/noticia/arbitro-de-urgencia/> Acesso em: 14/08/2020

RIBEIRO, Natália de Carvalho. *O árbitro de emergência: uma análise do instituto sob o viés da prática internacional e do contexto brasileiro*. Rio de Janeiro, 2016. Trabalho de Conclusão de Curso. FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS- ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO. Disponível em: <file:///C:/Users/Peach/Documents/GRUPO%20DE%20ESTUDOS-%20ARBITRAGEM%20EMPRESARIAL/O%20%C3%A1rbitro%20de%20emerg%C3%Aancia%20uma%20an%C3%A1lise%20do%20instituto%20sob%20o%20vi%C3%A9s%20da%20pr%C3%A1tica%20internacional%20e%20do%20contexto%20brasileiro.pdf> Acesso em: 14/08/2020.

VAUGHN, Gustavo Fávero; FROIS, Felipe Ribeiro. *Arbitragem expedita pelo regulamento da CCI*. Maio, 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Peach/Downloads/Arbitragem_expedita_pelo_regulamento_da.pdf;> Acesso em: 18/08/2020.

Capítulo VIII

A regulamentação do convívio
social em Salvador: os códigos
de posturas e os escravos

Jennifer Karolyne Oliveira dos Santos Ruiz

A regulamentação do convívio social em Salvador: os códigos de posturas e os escravos

SUMÁRIO: RESUMO; 1. INTRODUÇÃO; 2. A ESTRUTURA URBANA DE SALVADOR NO PERÍODO DA ESCRAVIDÃO; 3. REGIME ESCRAVISTA URBANO; 3.1 Escravos de ganho; 3.2 Escravos de aluguel; 3.3 Escravos domésticos 4. OS CÓDIGOS DE POSTURAS MUNICIPAIS; 5. OS REGULAMENTOS PARA OS ESCRAVOS E SEUS SENHORES NOS CÓDIGOS DE POSTURAS DE SALVADOR; 5.1 Compra, fuga e captura de escravos; 5.2 Casas comerciais e danças; 5.3 Ruas e sepultamento de escravos; 5.4 Senhor/Responsabilidades e Obrigações; 5.5 Prisão; 6. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

RESUMO: O presente artigo visa tratar dos Códigos de Posturas de Salvador com o objetivo de fazer ciência aos leitores de que existem muitas disposições que tratam, especificamente, do sistema escravista urbano da cidade, ao analisar os instrumentos normativos contidos nas Posturas Municipais. Essa fonte do direito municipal regulava a vida na cidade, trazendo regras para o convívio social, por isso parte delas abordaram tam-

bém o tema da escravidão, que se fez presente no Brasil até o final do século XIX.

Palavras-chave: Códigos de Posturas, Salvador, escravidão urbana.

1. INTRODUÇÃO

Quando o tema escravidão é abordado, logo o pensamento é remetido a lembrar das lavouras, dos açoites, dos quilombos, da capoeira, dos capitães do mato, etc., todavia, essas imagens, em sua maioria, fazem parte da escravidão rural, que possui uma realidade bem afastada do regime de escravidão urbano, o qual será abordada neste presente artigo.

Apesar de serem conhecidas leis como Eusébio de Queirós e a própria Lei Áurea, que foram editadas para, lentamente, limitar e, por fim, abolir a escravidão, passam despercebidas por muitos os instrumentos normativos concernentes aos escravos contidos nas chamadas Posturas Municipais.

O objetivo geral do presente artigo é fazer ciência aos leitores de que existem muitas regras que tratam especificamente do sistema escravista urbano da cidade, ao analisar as disposições que tratam sobre a escravidão contidas nas Posturas Municipais, tendo como problema de pesquisa a seguinte indagação: É possível afirmar que as Posturas Municipais regulavam o sistema escravista urbano trazendo uma espécie de ordem na convivência entre escravos e libertos?

A hipótese com que se trabalha no estudo é formulada no seguinte sentido: as Posturas Municipais eram fonte normativa que traziam ordem na convivência entre escravos e libertos, pois nelas constavam uma série de regramentos para organizar a vida na cidade, inclusive no que dizia respeito à escravidão, abordando temas como: compra, fuga e captura de escravos; as responsabilidades do senhor com seus escravos; como os escravos deveriam transitar nas ruas, etc.

O aprofundamento da pesquisa com foco específico na cidade de Salvador, tem justificativa na intenção de deixar claro que todo o crescimento e manutenção da cidade, desde a sua fundação até

o final do séc. XIX, foi pautado no trabalho escravo, existindo uma dicotomia entre os cativos e os libertos na cidade que funcionava de maneira dinâmica e fluída e, justamente expressando essa realidade, as Posturas da cidade traziam regimentos que organizavam o sistema da escravidão urbana.

O método de pesquisa deste artigo é dedutivo, concentrado na pesquisa bibliográfica qualitativa baseada em livros, artigos e no acervo documental do Arquivo Histórico Municipal de Salvador (AHMS), onde foi possível consultar os livros de Posturas de Salvador com o texto original dos instrumentos normativos. Todavia, dos seis livros que contém as disposições municipais, um não foi encontrado na coleção do AHMS e, dos outros cinco, somente os livros de nº 5 e nº 6 possuem textos em melhores condições de legibilidade.

Para tratar do tema proposto, faz-se necessário analisar a dinâmica econômica e social escravista na cidade, incluindo a referente aos escravos de ganho, aos domésticos e aos de aluguel. Em seguida, cabe discutir a natureza jurídica das Posturas e, logo após, partir para a abordagem dos Códigos de Posturas de Salvador e seus regulamentos sobre a escravidão.

Em face do exposto, os objetivos específicos visam revelar uma vastidão de conteúdo jurídico que é fonte do tema escravidão e demonstrar que o sistema escravista de Salvador era regulamentado por instrumentos normativos criados para trazer ordem ao convívio social.

2. A ESTRUTURA URBANA DE SALVADOR NO PERÍODO DA ESCRAVIDÃO

Salvador foi fundada devido ao descontentamento da Coroa Portuguesa com o sistema de Capitânicas Hereditárias, sendo a primeira cidade do Brasil Colônia. Sua localização era de extrema importância, pois a Baía de Todos os Santos era o centro do litoral brasileiro, o que facilitava a chegada e saída de mercadorias¹, bem como a defesa do território, tanto de corsários como de indígenas.²

1 VASCONCELOS, Pedro de Almeida. *Salvador: transformações e permanências (1549-1999)*. 2 ed. Salvador: EDUFBA, 2006. p. 30.

2 ANDRADE, Luiz Cristiano Oliveira de. *A Cidade Real: Os Espaços Urbanos de Salvador e Seus Significados*. Rio de Janeiro: ANPUH-RJ, História e Biografias - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://fortalezas.org/midias/arquivos/1512.pdf>. Acesso em: 13. mai. 2020

A primeira tentativa de colonização da localidade da cidade foi feita em 1534 por Caramuru (Diogo Álvares), na região que hoje corresponde aos bairros da Barra e da Graça, onde em 1536 começou a ser construída a Vila Velha, por conta da chegada de um dos primeiros colonos, o donatário Francisco Pereira Coutinho (dono da capitania hereditária da Bahia). Já em 1545 a vila possuía 500 escravos³, significando que, antes mesmo da fundação da cidade, os escravos já estavam sendo trazidos a região.⁴

Como Francisco Pereira Coutinho morreu após ter sido capturado pelos Tupinambás, quando tentava retornar para Portugal, coube a Tomé de Souza, Governador Geral do Brasil, a fundação da cidade de Salvador em 1549.⁵

Partindo da Baía de Todos os Santos, a cidade se expande compondo a Cidade Baixa e a Cidade Alta. Na parte alta concentram-se os prédios públicos e as principais ruas eram: a Direita dos Mercadores (atual rua Chile), a rua das Vassouras, e a diagonal rua dos Capitães (atual rua Ruy Barbosa). Já na parte baixa, havia uma limitação para a ocupação por conta da linha da praia e a escarpa⁶, ademais havia uma maior fragilidade por conta dos ataques de índios e estrangeiros, portanto, foi estabelecida somente uma rua paralela à encosta onde foram erguidas edificações para atividade comercial e portuária, e a ermida⁷ de Nossa Senhora da Conceição, mais ao sul dos armazéns, possuindo também,

3 VASCONCELOS, Pedro Almeida. *op. cit.*, p 44 e 45.

4 No livro “A Escravidão do Brasil”, do autor Jaime Pinsky, é explicado que Portugal já tinha experiência com a escravidão desde 1441 quando Antão Gonçalves trouxe, da expedição ao Rio do Ouro, para o infante Dom Henrique seis azenegues capturados na Costa do Saara, África. Depois da primeira experiência a prática ganhou força, já que na época Portugal estava com baixa de população por conta da guerra de independência contra Castela e de uma série de epidemias que havia assolado a região. De início, as capturas de escravos eram esporádicas e as expedições portuguesas eram concentradas no objetivo de explorar riquezas na Costa Noroeste da África, mas em pouco tempo o rapto de nativos africanos passou a ser o objetivo exclusivo de várias expedições. Assim se explica porque na primeira tentativa de colonização na localização da cidade já foram trazidos escravos nas caravanas. PINSKY, Jaime. *A Escravidão do Brasil - As razões da escravidão. Sexualidade e vida cotidiana. As formas de resistência*. 21ª ed. São Paulo: Contexto, 2010. p. 8.

5 ANDRADE, Luiz Cristiano Oliveira de. *Op. cit.*

6 Declive muito íngreme de terreno, provocado por erosão.

7 Uma igreja ou capela de pequena dimensão, normalmente localizada fora das povoações ou em lugares ermos.

baluartes para garantir a defesa e a ligação da parte baixa com a alta por meio de escadas e rampas.⁸

Imagem 1: Salvador: Cidade Baixa e Alta Vista do Mar



Fonte: Geografia de Salvador (2009)⁹

Desde a sua fundação, por conta do seu importante papel nas atividades comerciais e portuárias, a cidade teve um grande crescimento e, ainda no séc. XVI, alcançou uma expansão muito grande considerando a dimensão de sua estruturação nos primeiros anos explicada no parágrafo anterior, chegando a possuir, trinta e quatro anos após sua fundação, entre três a quatro mil escravos africanos¹⁰. Por conta dessa importância, a capital co-

8 ANDRADE, Adriano Bittencourt; BRANDÃO, Paulo Roberto Baqueiro. *Geografia de Salvador*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2009. p. 34 e 35.

9 *Ibid.*, p. 33.

10 FILHO, Fábio Ramos Barbosa. *Língua, Arquivo, Acontecimento: Trabalho de Rua e Revolta Negra na Salvador Oitocentista*. Campinas, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/R>

EPOSIP/320908. Acesso em: 13 mai. 2020.

lonial se tornou um dos centros urbanos às margens do Oceano Atlântico mais importantes e atrativos, tendo muita importância na articulação econômica triangular transoceânica entre Europa, América e África.¹¹

A expansão da cidade de Salvador continua com a construção das freguesias entre 1552 e 1760, sendo a primeira, a freguesia da Sé, e a última, a freguesia da Penha. Portanto, a feição urbana de centro comercial e administrativo da cidade já estava estruturada na segunda metade do séc. XVIII quando constava, em termos demográficos, que os escravos representavam 30% da população da Capitania da Bahia e 18% da cidade de Salvador.¹²

As freguesias eram, basicamente, uma divisão político-administrativa significada pelo religioso, por se tratar de um conjunto de paroquianos, sendo uma povoação que partia do ponto de vista eclesiástico. A cidade contava com um sistema de dez freguesias, sendo elas: Sé, Vitória, Conceição da Praia, Santo Antônio além do Carmo, São Pedro Velho, Santana, Rua do Passo, Nossa Senhora de Brotas, Pilar e Penha.¹³

Explicadas essas nuances que perduram até o séc. XIX, tem-se uma perspectiva geral da dinâmica da cidade, necessária para entender o funcionamento da escravidão urbana na perspectiva de uma Salvador diferente da atual.

3. O REGIME ESCRAVISTA URBANO DE SALVADOR

Diferente da organização de trabalho escravo rural, que é bastante retratada em novelas e filmes tratando da realidade das lavouras, das fazendas e das perseguições dos capitães do mato, a escravidão urbana, por conta da estruturação e funcionamento da cidade, tem uma dinâmica totalmente diferente.¹⁴

Contudo, deve-se observar que a escravidão urbana é subsidiária à escravidão rural, pois o funcionamento da cidade, do

11 ANDRADE, Adriano Bittencourt; BRANDÃO, Paulo Roberto Baqueiro. *Op. cit.*, p. 32-34.

12 FILHO, Fábio Ramos Barbosa. *Língua, Arquivo, Acontecimento: Trabalho de Rua e Revolta Negra na Salvador Oitocentista*. Campinas, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/320908>. Acesso em: 13 mai. 2020.

13 *Ibid.*

14 COSTA, Ana de Lourdes Ribeiro da. *Espaços Negros: Cantos e "lojas" em Salvador no Século XIX*. Caderno CRH, v. 33. Salvador: UFBA, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2097/1/CadCRH-2007-391.pdf>. Acesso em: 13. mai. 2020.

ponto de vista econômico, depende da agricultura escravista de plantagem, já que as atividades urbanas, sejam as exercidas por cidadãos (os bancos, serviços, comércios) ou pelos escravos e libertos (ofícios artesanais, serviços pessoais, transporte de cargas, etc.) dependiam dos produtos agrícolas ou da renda que a venda dos mesmos gerava para mover a cidade.¹⁵

A escravidão urbana costumava possuir dois grandes setores: o de serviços e o doméstico. Por sua vez, o setor de serviços era dividido em escravos de ganho e escravos de aluguel. Entretanto, essas categorias não são muito bem delimitadas, visto que os escravos poderiam passar de uma para outra muito facilmente, ou ser de mais de um grupo ao mesmo tempo, significando que, por exemplo, um escravo doméstico poderia ser usado como escravo de ganho ou ser alugado, passando assim, a ser parte de duas categorias.¹⁶

Doravante, breves explicações sobre especificidades desses setores.

3.1. Escravos de ganho

Os escravos definidos como de ganho eram aqueles obrigados a pagar, por dia ou por semana, uma quantia pré-estabelecida para o seu senhor (que variava dependendo do tipo de atividade realizado pelo escravo, da idade, da saúde e outros atributos individuais), podendo, no entanto, contrair qualquer valor excedente ao que deveria pagar ao senhor, ou seja, esse ganho excedente passava a ser do escravo para livre utilização.

Esse grupo costumava prestar atividades de transporte de pessoas e mercadorias, estivar¹⁷, carregadores¹⁸ de cadeira, car-

15 NASCIMENTO, Manoel. *Encruzilhadas da Disciplina: Explorando os Cruzamentos Entre Legislação escravista, usos do espaço urbano e conflitos sociais na Salvador do Século XIX*. 2019. Disponível em: <https://passapalavra.info/2018/01/117264/>. Acesso em: 13. mai. 2020.

16 OLIVEIRA, Maria Inês Cortês de. *O Liberto: O Seu Mundo e os Outros (Salvador, 1790/1880)*. Salvador, 1979. Disponível em: https://ppgh.ufba.br/sites/ppgh.ufba.br/files/2o_liberto._o_seu_mundo_e_os_outros._salvador_1790-1890.pdf. Acesso em: 13. mai. 2020.

17 Do verbo estivar: pôr carga em; arrumar a carga no navio; pesar a carga.

18 Trabalhar como carregador não era tarefa fácil, pois os escravos eram obrigados a transportar fardos extremamente pesados e, por isso, era comum desenvolverem atrofias nas pernas, hipertrofias nos braços e outras complicações. TERRA, Paulo Cruz. *Tudo que transporta e carrega é negro? Carregadores, cocheiros e carroceiros no Rio de Janeiro (1824-1870)*. Niterói, 2007. Disponível em: https://www.historia.uff.br/stricto/teses/Dissert-2007_TERRA_Paulo_Cruz-S.pdf. Acesso em: 13 mai. 2020

gas, lenha e, também poderiam trabalhar como vendedores ambulantes de frutas, doces, peixes, tecidos etc. Além disso, alguns eram aguadeiros¹⁹, artesãos, lavadeiras, engomadeiras, rendeiras, bordadeiras e costureiras.²⁰

Para ser escravo de ganho era necessária uma licença expedida pela Câmara Municipal, que deveria ser solicitada pelo senhor dos escravos. O pedido deveria conter o endereço e o número de escravos que o proprietário queria que trabalhassem como escravo de ganho, juntamente com seus nomes, origens e ocupações.²¹

Ademais, os escravos de ganho poderiam ser sustentados totalmente pelo senhor e morarem em sua propriedade, serem sustentados parcialmente, ou ainda se sustentarem sozinhos, inclusive, podendo morar fora da propriedade do senhor, caso este o permitisse.²² Normalmente, os escravos que continuavam sendo sustentados pelos donos eram aqueles que tinham como função primordial o trabalho doméstico, ou artesanal, sendo escravos de ganho de forma esporádica, o que não gerava renda suficiente para que o próprio escravo se auto sustentasse.²³

Pequenos proprietários poderiam viver unicamente da renda de ter escravos de ganho, sendo essa uma realidade muito comum em Salvador e utilizada principalmente para recuperar o capital investido na compra do escravo.²⁴

Essa categoria de escravos era muito importante para o comércio local, porque era característico da cidade o comércio-escravista. A cidade baixa era tomada pelo elemento negro, fossem livres

19 Homem que vende ou fornece água para o consumo doméstico.

20 COSTA, Ana de Lourdes Ribeiro da. *Espaços Negros: Cantos e “lojas” em Salvador no Século XIX*. Caderno CRH, v. 33. Salvador: UFBA, 2020. Disponível em: [https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2097/1/CadCRH-2007-391.pdf)

97/1/CadCRH-2007-391.pdf. Acesso em: 13. mai. 2020.

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 OLIVEIRA, Maria Inês Cortés de. *O Liberto: O Seu Mundo e os Outros (Salvador, 1790/1880)*. Salvador, 1979. Disponível em: https://ppgh.ufba.br/sites/ppgh.ufba.br/files/2o_liberto_o_seu_mundo_e_os_outros_salvador_1790-1890.pdf. Acesso em: 13. mai. 2020.

24 COSTA, Ana de Lourdes Ribeiro da. *Espaços Negros: Cantos e “lojas” em Salvador no Século XIX*. Caderno CRH, v. 33. Salvador: UFBA, 2020. Disponível em: [https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20](https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2097/1/CadCRH-2007-391.pdf)

97/1/CadCRH-2007-391.pdf. Acesso em: 13. mai. 2020.

ou escravos, estavam sempre trabalhando como ambulantes, em lojas, boutiques, mercearias, armazéns etc.²⁵

O sistema de trabalho dos escravos de ganho deu origem aos “cantos”²⁶, que eram ajuntamentos de ganhadores que, geralmente, pertenciam à mesma nação (muito embora, isso só viesse a acontecer no caso dos cantos dos homens negros, pois os cantos formados por mulheres não faziam essa separação).²⁷

Eram espalhados em locais específicos da cidade (Calçada, Portão de São Bento, Mangueira, etc.), nos quais os fregueses podiam demandar seus serviços, sendo o de transporte de pessoas²⁸ e mercadorias o mais procurado, e formados por escravos e libertos que escolhiam continuar trabalhando da mesma forma que trabalhavam na condição de escravos.²⁹

Ademais, nos cantos podiam ser encontrados barbeiros ambulantes, que serviam aos ganhadores, e ganhadeiras que vendiam comida, pois quem trabalhava nos cantos tinha que comer na rua.³⁰

Era comum ver as negras ganhadeiras nas ruas da cidade vendendo os mais variados produtos (louças, perfumes, doces, peixes, verduras, frutas, comidas, tecidos etc.), ou nas quitandas onde várias delas se juntavam criando uma espécie de feira livre.³¹

3.2. Escravos de aluguel

A principal diferença entre os escravos de aluguel e os escravos de ganho, é que, sendo alugados, toda a renda gerada pertence ao senhor, não existindo a parcela do ganho excedente.³² O produto do trabalho dessa categoria de escravos é dividido entre o dono e o loca-

25 *Ibid.*

26 Cada canto tinha um capitão elegido pelos próprios membros em uma solenidade tipicamente africana. O escolhido tinha a responsabilidade de contratar e designar serviços aos membros, assim como receber os salários. OLIVEIRA, Maria Inês Cortês de. *Op. cit.*

27 COSTA, Ana de Lourdes Ribeiro da. *Op. cit.*

28 Os escravos carregavam as cadeirinhas de arruar (cadeiras que possuíam cortinas fechadas) e esse era o principal meio de transporte na cidade muito utilizado pelos turistas. *Ibid.*

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

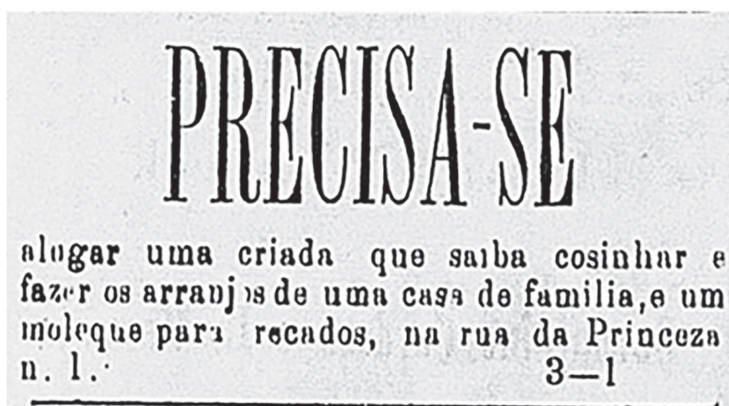
31 *Ibid.*

32 COSTA, Ana de Lourdes Ribeiro da. *Espaços Negros: Cantos e “lojas” em Salvador no Século XIX*. Caderno CRH, v. 33. Salvador: UFBA, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2097/1/CadCRH-2007-391.pdf>. Acesso em: 13. mai. 2020.

dor, ficando acertado, por contrato escrito ou feito de forma verbal, que quem aluga assume todos os encargos de sustento do escravo.³³

Essa modalidade foi mais comum durante o séc. XIX, momento em que os jornais continham muitos anúncios de escravos para alugar. Esses tipos de anúncios descreviam as características dos escravos e suas qualificações, retratando-os como coisas, sendo recorrente encontrar anúncios para aluguel de escravos domésticos (demonstrando o que já foi afirmado anteriormente sobre os setores de escravos não serem solidificados e facilmente ocorrer migração entre um e outro).

Imagem 2: Anúncio Para Aluguel de Escrava



Fonte: Os anúncios de escravos em jornais do Século 19 (2013).³⁴

Assim como os escravos de ganho, o aluguel de escravos era muito utilizado pelos proprietários para aumento da renda, possibilitando aos mesmos bancar uma vida de gastos mais exagerados. Todavia, essa rentabilidade dependeria da capacidade do escravo de se adaptar a vários tipos de serviço, pouco importando se o escravo fosse qualificado para a tarefa exigida ou não, pois não

33 OLIVEIRA, Maria Inês Cortês de. *O Liberto: O Seu Mundo e os Outros (Salvador, 1790/1880)*. Salvador, 1979. Disponível em: https://ppgh.ufba.br/sites/ppgh.ufba.br/files/2o_liberto._o_seu_mundo_e_os_outros._salvador_1790-1890.pdf. Acesso em: 13. mai. 2020.

34 ____ *Os anúncios de escravos em jornais do Século 19*. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.saopauloantiga.com.br/anuncios-de-escravos/>. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

era admitido que um escravo ficasse ocioso, dado que um escravo nessa condição daria despesas sem gerar renda.³⁵

Os cativos podiam ser alugados para todos os tipos de ofícios, fossem eles os que exigiam maior força bruta (carregadores, estivadores, serventes etc.), ou os que exigiam maiores qualificações (carpinteiro, ourives, alfaiate, pedreiro etc.).³⁶

3.3. Os escravos domésticos

Enquanto os escravos de ganho e os de aluguel garantiam renda aos senhores, os domésticos não geravam nenhum tipo de lucro.³⁷ Suas tarefas consistiam em: ser mucamas, pajens, amas de leite, amas secas, aguadeiros e trabalhar na copa, na cozinha, na lavanderia, na costura, despojar dejetos, etc.³⁸

Para as atividades de pajens e mucamas eram preferidos os considerados mulatos. Já os velhos, enfermos e crianças, normalmente, eram encarregados de evacuar os dejetos da casa e outras limpezas.³⁹

Exatamente pelo fato de não gerarem renda para os senhores, os escravos domésticos eram encontrados somente nas famílias ricas, obviamente, porque os senhores que os possuíssem teriam que arcar com o sustento deles, fornecendo comida, vestimentas e local para dormir.⁴⁰

Era comum que as famílias mais ricas tratassem com generosidade e bondade os escravos domésticos, tendo com eles uma relação mais paternalista. Todavia, esse tipo de tratamento não significava que esses escravos não seriam punidos quando suas tarefas não fossem cumpridas com perfeição, ou ainda, que o sen-

35 OLIVEIRA, Maria Inês Cortês de. *O Liberto: O Seu Mundo e os Outros (Salvador, 1790/1880)*. Salvador, 1979. Disponível em: https://ppgh.ufba.br/sites/ppgh.ufba.br/files/2o_liberto_o_seu_mundo_e_os_outros_salvador_1790-1890.pdf. Acesso em: 13. mai. 2020.

36 *Ibid.*

37 COSTA, Ana de Lourdes Ribeiro da. *Espaços Negros: Cantos e “lojas” em Salvador no Século XIX*. Caderno CRH, v. 33. Salvador: UFBA, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2097/1/CadCRH-2007-391.pdf>. Acesso em: 13. mai. 2020.

38 OLIVEIRA, Maria Inês Cortês de. *Op. cit.*

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

hor, por raiva ou capricho, descontasse sua frustração não só com palavras, mas com castigos diversos.⁴¹

Por possuírem maior proximidade com os senhores, escravos domésticos poderiam ser encarregados de executar tarefas importantes que exigiam confiança ou tarefas que diziam respeito ao serviço pessoal do seu senhor.⁴²

Apresentadas as características principais dessas formas de exercer a escravidão urbana, segue-se para a explanação sobre os Códigos de Posturas Municipais.

4. OS CÓDIGOS DE POSTURAS MUNICIPAIS

As Posturas Municipais, são como códigos de condutas. Traziam em seu conteúdo os regramentos que prezam pela ordem e pelos bons costumes nas províncias e cidades⁴³, com diretrizes que regulavam aspectos de: utilização do espaço e da coisa pública, construção de edifícios, utilização de vias públicas etc.⁴⁴

Envolvidos em todos esses temas estão os escravos, por isso, os códigos também traziam regras que versavam sobre compra de escravos, como tratar da fuga e da captura de escravos, o que os escravos podiam ou não fazer, onde eles poderiam ser sepultados etc.

Como as questões sobre bons costumes e moralidade eram de extrema importância, é comum encontrar nos textos dos códigos, capítulos inteiros somente para tratar da convivência e das punições, para quem as descumprissem. Desse modo eram estabelecidos os padrões de comportamento adequados a sociedade.⁴⁵

41 SOARES, Luiz Carlos. *O "Povo de Cam" Na Capital do Brasil: A Escravidão Urbana no Rio de Janeiro do Século XIX*. Rio de Janeiro: Faperj - 7Letras, 2007. p. 109 e 110.

42 SOARES, Luiz Carlos. *O "Povo de Cam" Na Capital do Brasil: A Escravidão Urbana no Rio de Janeiro do Século XIX*. Rio de Janeiro: Faperj - 7Letras, 2007. p. 109 e 110.

43 SÁ, Tânia Regina Braga Torreão. *Códigos De Posturas Municipais Como Instrumentos Normativos Da Produção De Novas Lógicas Territoriais: Estudo De Caso Do Centro Histórico De Salvador*. Percurso: Sociedade, Natureza e Cultura. Curitiba, v. 1, n° 11, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/309>. Acesso em: 07 fev. 2020.

44 VALE, Clara Pimenta do. *Códigos De Posturas Da Cidade Do Porto Entre O Liberalismo E A República. Influências E Reflexos Na Forma De Construir Corrente*. Vitória do Espírito Santo, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/261052541_Codigos_de_Posturas_da_Cida

de_do_Porto_entre_o_Liberalismo_e_a_Republica_Influencias_e_reflexos_na_forma_de_construir_corrente. Acesso em: 07 fev. 2020.

45 SÁ, Tânia Regina Braga Torreão. *Op. cit.*

A Câmara Municipal era responsável por criar esses códigos, mas o Governador Geral enviava corregedores as Câmaras de todas as cidades, a fim de fiscalizar aspectos da legalidade dos dispositivos e, caso eles observassem situações ainda não reguladas, poderiam ordenar que os oficiais criassem instrumentos normativos para elas.⁴⁶

Por fim, a Câmara Municipal também era responsável por fiscalizar o cumprimento das disposições contidas nos Códigos de Posturas e podia julgar e punir os desrespeitos e negligências de cumprimento.⁴⁷

Tratadas essas questões, aprofunda-se o tema dos dispositivos contidos nos Códigos de Posturas de Salvador que tratavam de regular o funcionamento do sistema escravista na cidade, sendo destinadas aos escravos e seus senhores.

5. OS REGULAMENTOS PARA OS ESCRAVOS E SEUS SENHORES NOS CÓDIGOS DE POSTURAS DE SALVADOR

Entre 1631 e 1888⁴⁸ diversos instrumentos normativos presentes nos Códigos de Posturas de Salvador foram redigidos com o único fim de regular o sistema escravista urbano. Essas diretrizes eram destinadas aos escravos lhes dizendo o que podiam ou não fazer nas ruas da cidade, ou destinadas aos senhores tratando sobre a compra de escravos, a forma de proceder quando um escravo fugia e como capturá-lo, além de impor a responsabilidade ao senhor por atos ilícitos cometidos por seus escravos.

Isto posto, pode-se analisar algumas categorias dessas regulamentações.

5.1. Compra, fuga e captura de escravos

Referente à compra de escravos, existem duas regras emitidas pela Câmara Municipal de Salvador que datam de 17 de fevereiro

46 *Ibid.*

47 SÁ, Tânia Regina Braga Torreão. *Códigos De Posturas Municipais Como Instrumentos Normativos Da Produção De Novas Lógicas Territoriais: Estudo De Caso Do Centro Histórico De Salvador*. Percurso: Sociedade, Natureza e Cultura, Curitiba, v. 1, n° 11, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/309>. Acesso em: 07 fev. 2020.

48 ____ *Repertório de fontes sobre a escravidão existentes no Arquivo Municipal de Salvador. As posturas (1631 -1889)*. Salvador: 1988.

de 1631 e de 25 de abril de 1843. A primeira trazia em seu texto a proibição da venda de escravos vindos da Angola por um prazo de 30 dias, sob pena de multa de 6 mil réis e; a segunda, obrigava as pessoas que vendessem e comprassem escravos á realizarem tais atividades em armazéns situados em casas térreas ou loja, sob pena de multa de 30 mil réis e oito dias de prisão.⁴⁹

Pode-se observar que existe uma lacuna de mais de cem anos entre um regramento e outro, significando que a Câmara não tinha tanto interesse em regular essa atividade de compra, provavelmente pelos fatos já relatados no tópico que trata especificamente sobre a escravidão urbana, que demonstra claramente como os escravos eram os maiores responsáveis pelo crescimento econômico da cidade, porque cabia a eles quase todos os postos de trabalho e funções.

Quanto à fuga e captura de escravos, nos anos de 1726 e 1733 foram emitidos dispositivos sobre o tema. Os de 1733 revogam os de 1726, pois trazem no seu texto semelhança de conteúdo com algumas alterações⁵⁰:

- i) em 1726, o escravo que fosse apanhado fugindo na Soledade, Forte de São Pedro ou Água de Meninos, seria preso pelo capitão do mato e teria que pagar uma pena de 300 mil réis. Já em 1733, pode-se observar um aumento nesse valor, passando a ser de 320 mil réis;
- ii) o escravo fugido apanhado na Barra, Rio Vermelho e Brotas, teria multa de 480 réis em 1726, valor esse que fica mantido em 1733;
- iii) o escravo que fosse apanhado uma légua ao redor da cidade pagaria 740 réis de multa em 1726, mas em 1733 essa multa diminuiu para 640 réis;
- iv) o escravo que fosse apanhado fugindo nas estradas, ou em mocambos, seria preso em cadeia pública tendo que pagar 10 mil réis ao seu senhor em 1726. Todavia, em 1733 a prisão em cadeia pública é retirada, restando somente a multa, que manteve seu valor;

49 *Ibid.*, p. 17 e 72

50 ____ *Repertório de fontes sobre a escravidão existentes no Arquivo Municipal de Salvador. As posturas (1631 -1889)*. Salvador: 1988. p. 37, 38, 40, 42 e 44.

- v) em 1726, um regulamento dizia que os capitães do mato tinham que investigar as informações sobre onde o escravo tinha realmente sido encontrado com pessoas fidedignas, para que não houvesse deturpação e, o prêmio pela captura fosse pago de forma correta. Já em 1733, é acrescido a esse texto que, se nenhuma pessoa confiável tivesse conhecimento de tal fato, a prova do local seria baseada no relato do próprio capturado e;
- vi) também o capitão do mato estaria apto a receber, de acordo com os dispositivos de 1726, a quantia de 320 réis caso capturasse um escravo na região da Soledade, Forte de São Pedro e Água de Meninos; 480 réis se o cativo fosse encontrado na região da Barra, Rio Vermelho e Brotas e; 740 réis se capturasse o escravo a uma légua ao redor da cidade. Porém, em 1733, além de ter sido alterado o valor que receberia caso capturasse um cativo a uma légua ao redor da cidade, passando a ser 640 réis, acresceu-se ao texto que o capitão do mato receberia⁵¹:
- a. 1.280 réis, quando capturasse um escravo que estivesse a três léguas da casa do senhor;
 - b. 2 mil réis, quando capturasse um escravo no Rio Joanes, e;
 - c. 280 réis, quando capturasse um escravo em Itapuã.

5.2. Casas comerciais e danças

Os donos de tendas, botequins, tabernas e casas de mercado público que consentisse algazaras, jogos não permitidos por lei e demora de escravos no recinto, eram obrigados a pagar multa de 8 mil réis ou cumprir quatro dias de prisão, de acordo com o regramento do dia 25 de fevereiro de 1831⁵². Dois outros regulamentos, do dia 17 de junho de 1844, traziam em seu texto a proibição da prática de jogos por parte dos escravos nos estabelecimentos comerciais, sob pena de multa de 10 mil réis e oito dias

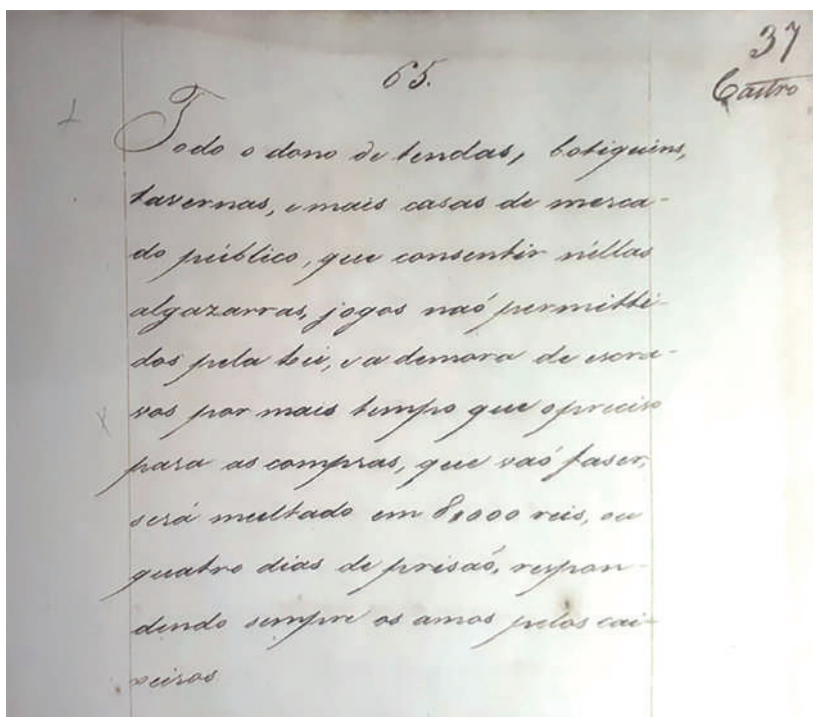
51 O texto da Postura traz esses valores, mas percebesse que eles são discrepantes com relação aos apresentados nas disposições anteriores, podendo ter sido um equívoco de quem transcreveu os textos das Posturas no livro consultado.

52 ____ *Repertório de fontes sobre a escravidão existentes no Arquivo Municipal de Salvador. As posturas (1631 -1889)*. Salvador: 1988. p. 48.

de prisão, e dos proprietários das casas comerciais de permitir a prática jogos ilícitos e, a permanência de escravos nelas por mais tempo do que o imprescindível.⁵³

Tanto a regra de 1831, quanto as de 1844 tinham como intenção não permitir muita comunicação dos escravos entre si, ou com libertos, ou ainda, cidadãos comuns, e o fato desse aspecto ter precisado de regulamentação demonstra que era algo que ocorria muito mais frequente do que queriam permitir.⁵⁴

Imagem 3: Postura do dia 25 de fevereiro de 1831 do tema “casas comerciais”



Fonte: Arquivo Histórico Municipal de Salvador⁵⁵

Os escravos eram muito assíduos em armazéns e botequins, os quais, muitas vezes, escondiam casas de jogos não permitidos por lei, como a roleta e a rifa. Era normal o convívio entre os es-

53 *Ibid.*, p. 75 e 76.

54 GRAHAM, Richard. *Alimentar a cidade: Das vendedoras de rua à reforma liberal (Salvador, 1780 - 1860)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 61.

55 *Livro de Posturas Municipais Nº 5* - Arquivo Histórico Municipal de Salvador

cravos e o povo livre da época, não só nos jogos, como também nas festas típicas das cidades, que eram atos sociais comuns.⁵⁶

Ainda referente ao tema das casas comerciais, passou a ser proibido a venda e compra de escravos que ocorresse fora de armazéns situados em casas térreas ou lojas, sob pena de multa no valor de 30 mil réis e oito dias de prisão, segundo o instrumento normativo do dia 25 de abril de 1843.⁵⁷

Também no mesmo sentido de tentar vetar o contato social dos escravos, no dia 25 de fevereiro de 1831 outro instrumento normativo proibiu os batuques, danças e ajuntamentos de escravos em qualquer hora e lugar, sob pena de oito dias de prisão e, no dia 17 de junho de 1844 outro dispositivo repetiu quase a mesma disposição da Postura de 1831, apenas não citando mais a proibição aos ajuntamentos de escravos.⁵⁸

A retirada da parte que se referia aos ajuntamentos, pode ser facilmente explicada com os cantos, que eram os ajuntamentos de escravos de ganhos na cidade onde as pessoas iam solicitar seus serviços. Esse tipo de organização, implicitamente, passou a não ser proibida, porque trazia lucro e sustento para a cidade, já que a grande mão de força trabalhadora da época eram os escravos, ou os libertos da escravidão, que continuavam prestando os mesmos tipos de serviço para sobreviver.

5.3. Ruas e sepultamento de escravos.

Com relação ao tema ruas, a intenção era regular situações que ocorresse nesse ambiente, como:

- i) os escravos eram proibidos de colocar lixo nas ruas, travessas, terreiros de colégio e praças públicas, sob pena de 500 réis (17 de fevereiro de 1631);
- ii) os escravos, ou outra pessoa, não poderiam vender alimentos nas ruas, praças e terreiros, sem licença da Câmara, sob pena de 6 mil réis (26 de novembro de 1672);

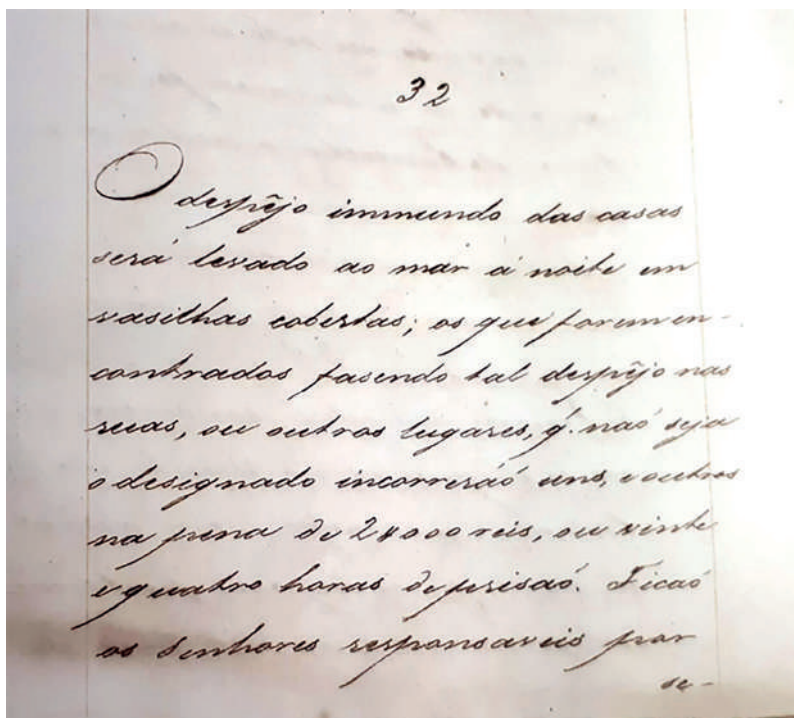
56 RESENDE, Edna Maria. *Entre a solidariedade e a violência: valores, comportamentos e a lei em São João Del-Rei: 1840 - 1860*. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte: PPGH/UFMG; Fapemig; Barbacena: UNIPAC, 2008. Coleção Olhares. p. 57 e 101.

57 Instrumento normativo já abordado no tema “compra, fuga e captura de escravos”. ____ *Repertório de fontes sobre a escravidão existentes no Arquivo Municipal de Salvador. As posturas (1631 -1889)*. Salvador: 1988.Salvador: 1988. p. 72.

58 *Ibid.*, p. 48 e 75.

- iii) os escravos deveriam fazer o despejo das casas durante a noite no mar, em vasilhas cobertas e o senhor seria responsabilizado pelos escravos que fossem encontrados fazendo despejos na rua (25 de fevereiro de 1831) e;
- iv) todo escravo africano que fosse encontrado na rua a noite e não tivesse bilhete do senhor que declarasse seu nome, procedência e para onde ia, teria que pagar multa de mil réis ou quatro dias de prisão (06 de junho de 1850) ⁵⁹

Imagem 4: Postura do dia 25 de fevereiro de 1831 do tema “ruas”



Fonte: Arquivo Histórico Municipal de Salvador⁶⁰

Ademais, o instrumento normativo do dia 26 de novembro de 1672, que diz respeito às licenças para venda de alimentos, faz alusão ao fato de que, os escravos somente poderiam ser classificados como “de ganho” se o senhor fizesse o pedido da licença a

59 *Ibid.*, p. 17, 19, 47 e 81.

60 — *Livro de Posturas Municipais Nº 5* – Arquivo Histórico Municipal de Salvador

Câmara Municipal, onde constasse a origem, o nome e ocupação, tendo essa questão já sido abordada previamente.⁶¹

Passando ao tema do sepultamento dos escravos, no dia 12 de fevereiro de 1710, regramentos determinavam o local onde os escravos mortos deveriam ser enterrados, sob pena de 6 mil réis e, que qualquer pessoa do povo poderia prender o escravo que fizesse sepultamento de forma diferente da estabelecida pelo Conselho, sob pena de 6 mil réis.⁶²

No ano de 1716, repete-se os textos dos regramentos do dia 12 de fevereiro de 1710 sem nenhuma alteração e, no dia 15 de novembro de 1785 uma regra proibia que os pretos e pessoas necessitadas fossem enterradas próximo ao Dique ou a qualquer outra fonte pública.⁶³

O artigo 5º da Constituição Imperial de 1824 declarava a religião Católica Apostólica Romana como a religião do Império, permitindo que outros tipos de cultos pudessem ser realizados nos domicílios, desde quando por fora nada indicasse que aquele local era um templo. Tomando esse artigo como base, pode-se entender que essa proibição de realizar um enterro diferente da forma estabelecida pelo Conselho, era, em verdade, a afirmação de que os enterros deveriam seguir as regras de sepultamento católico.

Todavia, apesar da proibição, não deixam de ser observados, mesmo em sepultamentos católicos, elementos que remetiam à cultura africana, que perduraram ao longo dos anos, misturados aos ritos religiosos, como quando os escravos eram enterrados com contas no pescoço, que geralmente eram utilizadas como oferendas, ou envoltos em mortalha branca (elementos da cultura yoruba), mas o enterro era acompanhado por padres, reverendos e sacristãos.⁶⁴

61 COSTA, Ana de Lourdes Ribeiro da. *Espaços Negros: Cantos e "lojas" em Salvador no Século XIX*. Caderno CRH, v. 33. Salvador: UFBA, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2097/1/CadCRH-2007-391.pdf>. Acesso em: 13. mai. 2020.

62 ____ *Repertório de fontes sobre a escravidão existentes no Arquivo Municipal de Salvador. As posturas (1631 -1889)*. Salvador: 1988. p. 25.

63 *Ibid.*, p. 36 e 47.

64 TAVARES, Aurea Conceição Pereira. *Vestígios Materiais Nos Enterramentos na Antiga Sé de Salvador: postura das instituições religiosas africanas frente à igreja católica em Salvador no período escravista*. Recife, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/573/4/ACPT.p>

Cabe ressaltar que, da mesma forma como em outras questões sociais, esses dispositivos que tratam de proibir outras formas de enterros que não a aprovada pelo Conselho passaram a existir para proibir uma prática que, em verdade, era muito comum.

Como as próprias disposições fazem referência, existiam lugares da cidade onde os escravos poderiam ser sepultados. Contudo, cabe ressaltar que os cemitérios só foram aceitos pela população, em Salvador, após 1855⁶⁵, depois de ter ocorrido a epidemia da *cólera morbus*, que obrigou as pessoas a aceitar mudar a tradição de sepultar os mortos nos terrenos das casas, ou nas Igrejas. Nesse momento, os restos mortais dos falecidos passaram a ser realocados para locais específicos onde o odor da putrefação não afetasse a saúde das pessoas.⁶⁶

Cada cemitério construído foi posto em uma localidade da cidade com o propósito de atender tipos específicos de pessoas, por isso o lugar de sepultamento era indicativo da condição social da pessoa falecida, como por exemplo, o complexo cemiterial da Baixa de Quintas, que foi destinado a enterrar membros falecidos pertencentes às irmandades e, os cemitérios de São Bartolomeu de Pirajá e Nossa Senhora de Brotas, construídos em regiões periféricas destinados a atender a população dessas localidades. Além disso, era feita uma distinção entre as pessoas que morriam escravos e as que morriam livres, pois os escravos tinham que ter lápides diferenciadas.⁶⁷

5.4. Senhor: responsabilidades e obrigações

Um dos temas que fazem parte das responsabilidades e obrigações do senhor diz respeito às lavouras. Em 3 de dezembro

df. Acesso em: 16 jun. 2020

65 Antes dessa data o Campo Santo, em 1836, foi completamente destruído, logo após sua construção na revolta conhecida como Cemiterada, justamente porque o costume da época era o sepultamento das pessoas nos terrenos e quintais das casas, o que demonstrava que as pessoas não queriam aceitar uma nova tradição. No entanto, o advento da cólera fez perceber que teriam que criar um novo costume, assim o Campo Santo foi reconstruído e aceito. JESUS, Francisco de Paula Santana de. *Geografia da morte: a cultura fúnebre e os cemitérios de Salvador oitocentista (1860-1900)*. MONÇÕES Revista de História da UFMS/CPCX v.1, n° 1, setembro de 2014. Disponível em: <http://www.pretosnovos.com.br/dropbox/textos/academicos/155-304-1-SM.pdf> Acesso em: 17 jun. 2020.

66 JESUS, Francisco de Paula Santana de. *Geografia da morte: a cultura fúnebre e os cemitérios de Salvador oitocentista (1860-1900)*. MONÇÕES Revista de História da UFMS/CPCX v.1, n° 1, Setembro de 2014. Disponível em: <http://www.pretosnovos.com.br/dropbox/textos/academicos/155-304-1-SM.pdf> Acesso em: 17 jun. 2020.

67 *Ibid.*

de 1696, os dispositivos determinavam que os senhores deveriam estabelecer os locais para plantio dos alimentos de que careciam as embarcações e registrar os escravos que neles trabalhavam, para que não ficassem isentos das 500 covas de mandioca, sob pena de 6 mil réis e, que fossem reservados escravos para o plantio de alimentos que eram utilizados pelos tripulantes das embarcações que conduziam escravos, sob pena de 6 mil réis.⁶⁸

O tema lavouras torna a aparecer em 12 de fevereiro de 1710 e em 1716, porém o texto do instrumento normativo de 1710 não traz nenhuma inovação com relação ao de 1696. Todavia, em 1716, além de repetir as disposições anteriores, acrescentasse que fossem reservados escravos para o plantio dos alimentos que eram utilizados pelos tripulantes das embarcações que conduziam escravos, sob pena de 6 mil réis.⁶⁹

Os senhores também eram obrigados a empregar escravos de sua propriedade, ou alugados, entre os meses de abril e junho para a queimada dos formigueiros, sob pena de multa de 6 mil réis e trinta dias de prisão, mediante o disposto na Postura do dia 15 de novembro de 1785.⁷⁰

Além do tema das lavouras, os regramentos que envolviam as responsabilidades e obrigações dos senhores perpassam pelos mais variados temas, como:

- i) Limpeza das casas: em vários momentos foram redigidos instrumentos normativos sobre a forma como os escravos deveriam retirar e fazer o despejo do lixo e dos dejetos das casas, como o do dia 07 de setembro de 1672, que determinava que a limpeza fosse feita somente durante o dia e o lixo fosse lançado ao mar e, caso isso fosse descumprido, eram os senhores os responsáveis pelos escravos quanto à multa.⁷¹ Posteriormente, no dia 25 de fevereiro de 1831 é possível perceber que, além de determinar que o despejo fosse feito durante o dia, deveriam também ser transporta-

68 ____ *Repertório de fontes sobre a escravidão existentes no Arquivo Municipal de Salvador. As posturas (1631 -1889)*. Salvador: 1988. p.19 e 20.

69 *Ibid.*, p. 22, 23, 26, 30, 34.

70 ____ *Repertório de fontes sobre a escravidão existentes no Arquivo Municipal de Salvador. As posturas (1631 -1889)*. Salvador: 1988. p. 45.

71 *Ibid.* p.19.

do para o local do descarte em vasilhas cobertas, sendo o senhor responsabilizado pelos escravos que fossem encontrados fazendo despejos na rua.⁷² Ainda sobre esse tema, também pode ser citada a regulamentação do dia 17 de junho de 1844, que instituiu uma pena de 2 mil reis ou 24 horas de prisão caso o descarte do lixo das residências não fosse realizado no mar, sendo os senhores responsáveis pelos escravos.⁷³

- ii) Lavagem de roupas: segundo a regra do dia 12 de fevereiro de 1710, que torna a ser escrita no ano de 1716 sem alteração no texto, qualquer pessoa era proibida de lavar roupa embaixo das bicas das fontes das cidade e nem poderia ordenar que suas escravas o fizessem, sob pena de 6 mil réis.⁷⁴
- iii) Trânsito de cargas: era proibido o trânsito de cargas pelos passeios públicos, sob pena de multa de 4 mil réis ou dois dias de prisão, para os senhores de escravos ou donos de animais, de acordo com Postura do dia 06 de junho de 1850.⁷⁵

5.5. Prisão

O tema que se refere às possibilidades de prisão também passa por diversas outras temáticas normativas, sendo alvos tanto escravos quanto senhores. A título exemplificativo podem ser citadas as seguintes situações:

- i) Qualquer pessoa poderia prender um escravo que fizesse sepultamento de forma diferente da estabelecida pelo Conselho, ato que tinha pena estipulada de 6 mil réis (instrumento normativo do dia 12 de fevereiro de 1710).⁷⁶
- ii) Uma ganhadeira não poderia se juntar a cabana de uma outra e realizar vendas declarando a cabana como das duas, mas a ganhadeira que declarou a cabana poderia ter escravas trabalhando para si e, toda ganhadeira que intro-

72 Instrumento normativo já abordado no tema “ruas”. *Ibid.*, p. 47.

73 *Ibid.*, p. 74.

74 *Ibid.*, p. 22 p.

75 Instrumento normativo já abordado no tema “ruas”. *Ibid.*, p. 81.

76 Instrumento normativo já abordado no tema “sepultamento de escravos”. ____ *Repertório de fontes sobre a escravidão existentes no Arquivo Municipal de Salvador. As posturas (1631 -1889)*. Salvador: 1988. p. 25.

duzisse em sua cabana outra ganhadeira a pretexto de ser sua cativa, pagaria 4 mil réis por ela, além de 6 mil réis de condenação e trinta dias de prisão (instrumento normativo do dia 15 de novembro de 1785).⁷⁷

- iii) Os batuques, danças e ajuntamentos de escravos eram proibidos em qualquer hora e lugar, sob pena de oito dias de prisão (instrumento normativo do dia 25 de fevereiro de 1831).⁷⁸
- iv) As pessoas que vendiam ou compravam escravos deveriam realizar tais atividades em armazéns situados em casa térreos ou loja, sob pena de 30 mil réis e oito dias de prisão (instrumento normativo do dia 25 de abril de 1843).⁷⁹
- v) Quando um escravo africano era encontrado na rua à noite, tinha que estar na posse de um bilhete do senhor que declarasse seu nome, procedência e onde ele ia, caso contrário, teria que pagar multa de mil réis ou quatro dias de prisão (instrumento normativo do dia 06 de junho de 1850).⁸⁰

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o conteúdo exposto, é perceptível que as disposições demonstram que a cidade de Salvador possuía toda uma estruturação social e econômica pautada na escravidão. A escravidão urbana em Salvador foi a base para o desenvolvimento da cidade e, é uma parte da história que não se faz muito conhecida aos naturais de Salvador.

O tema estudado promove a reflexão e desmistifica um pouco mais os processos escravistas urbanos na capital soteropolitana, mostrando uma relação diferente do que se espera quando a escravidão é abordada, porque a dinâmica da cidade permitiu aos escravos um modo de vida diferente do que se conhece nas lavouras e casas de engenho.

77 *Ibid.*, p. 46.

78 Instrumento normativo já abordado no tema “danças”. *Ibid.*, p. 48.

79 Instrumento normativo já abordado nos temas “compra, venda e fuga de escravos”, “casas comerciais” e “senhor: responsabilidades e obrigações”. *Ibid.*, p.72.

80 Instrumento normativo já abordado nos temas “ruas” e “senhores: responsabilidades e obrigações”. *Ibid.*, p. 81.

Muito embora os escravos domésticos na cidade tivessem funções atribuídas de forma parecida, ou até igual, a que se conhece da dinâmica da escravidão rural na casa do senhor, os escravos de ganho e de aluguel apresentam outra perspectiva de atividade escrava em funções de trabalho que não dependem de um enxada, apesar disso não significar que o trabalho escravo na cidade deixou de exigir força física, a exemplo dos escravos que exerciam a função de carregadores.

Nos instrumentos normativos contidos nas Posturas é possível observar que não só os escravos eram passíveis de punição, mas também os senhores poderiam responder diante das autoridades da cidade, por serem os responsáveis por seus escravos.

Por fim, entende-se que os Códigos de Posturas de Salvador, são uma fonte bastante rica para entender o direito municipal vigente no que diz respeito ao funcionamento da vida urbana e as nuances da escravidão, com conteúdo vasto de regramentos que fazem enxergar uma situação antes não percebida, no funcionamento da antiga capital do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Adriano Bittencourt; BRANDÃO, Paulo Roberto Baqueiro. *Geografia de Salvador*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2009.
- ANDRADE, Luiz Cristiano Oliveira de. *A Cidade Real: Os Espaços Urbanos de Salvador e Seus Significados*. Rio de Janeiro: ANPUH-RJ, História e Biografias - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://fortalezas.org/midias/arquivos/1512.pdf>. Acesso em: 13. mai. 2020.
- COSTA, Ana de Lourdes Ribeiro da. Espaços Negros: Cantos e “lojas” em Salvador no Século XIX. Caderno CRH, v. 33. Salvador: UFBA, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/2097/1/CadCRH-2007-391.pdf>. Acesso em: 13. mai. 2020.
- FILHO, Fábio Ramos Barbosa. *Língua, Arquivo, Acontecimento: Trabalho de Rua e Revolta Negra na Salvador Oitocentista*. Campinas, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/320908>. Acesso em: 13 mai. 2020.
- GRAHAM, Richard. *Alimentar a cidade: Das vendedoras de rua à reforma liberal (Salvador, 1780 - 1860)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

JESUS, Francisco de Paula Santana de. *Geografia da morte: a cultura fúnebre e os cemitérios de Salvador oitocentista (1860-1900)*. MONÇÕES Revista de História da UFMS/CPCX v.1, n° 1, Mato Grosso do Sul, Setembro de 2014. Disponível em: <http://www.pretosnovos.com.br/dropbox/textos/academicos/155-304-1-SM.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2020.

___ *Livro de Posturas Municipais N° 5* - Arquivo Histórico Municipal de Salvador

NASCIMENTO, Manoel. *Encruzilhadas da Disciplina: Explorando os Cruzamentos Entre Legislação escravista, usos do espaço urbano e conflitos sociais na Salvador do Século XIX*. Salvador: UFBA, 2019. Disponível em: <https://passa-palavra.info/2018/01/117264/>. Acesso em: 13. mai. 2020.

OLIVEIRA, Maria Inês Cortês de. *O Liberto: O Seu Mundo e os Outros (Salvador, 1790/1880)*. Salvador, 1979. Disponível em: https://ppgh.ufba.br/sites/ppgh.ufba.br/files/2o_liberto._o_seu_mundo_e_os_outros._salvador_1790-1890.pdf. Acesso em: 13. mai. 2020.

___ *Os anúncios de escravos em jornais do Século 19*. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.saopauloantiga.com.br/anuncios-de-escravos/>. Acesso em: 18 de jun. de 2020.

PINSKY, Jaime. *A Escravidão do Brasil - As razões da escravidão. Sexualidade e vida cotidiana. As formas de resistência*. 21ª ed. São Paulo: Contexto, 2010.

___ *Repertório de fontes sobre a escravidão existentes no Arquivo Municipal de Salvador. As posturas (1631 -1889)*. Salvador: 1988.

RESENDE, Edna Maria. *Entre a solidariedade e a violência: valores, comportamentos e a lei em São João Del-Rei: 1840 - 1860*. São Paulo: Annablume; Belo Horizonte: PPGH/UFMG; Fapemig; Barbacena: UNIPAC, 2008. Coleção Olhares.

SÁ, Tânia Regina Braga Torreão. *Códigos De Posturas Municipais Como Instrumentos Normativos Da Produção De Novas Lógicas Territoriais: Estudo De Caso Do Centro Histórico De Salvador*. Percurso: Sociedade, Natureza e Cultura, Curitiba, v. 1, n° 11, 2011. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/309>. Acesso em: 07 fev. 2020.

SOARES, Luiz Carlos. *O "Povo de Cam" Na Capital do Brasil: A Escravidão Urbana no Rio de Janeiro do Século XIX*. Rio de Janeiro: Faperj - 7Letras, 2007.

TAVARES, Aurea Conceição Pereira. *Vestígios Materiais Nos Enterramentos na Antiga Sé de Salvador: postura das instituições religiosas africanas frente à igreja católica em Salvador no período escravista*. Recife, 2006. Disponível

em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/573/4/ACPT.pdf>.
Acesso em: 16 jun. 2020

TERRA, Paulo Cruz. *Tudo que transporta e carrega é negro? Carregadores, cocheiros e carroceiros no Rio de Janeiro (1824-1870)*. Niterói, 2007. Disponível em: https://www.historia.uff.br/stricto/teses/Dissert-2007_TERRA_Paulo_Cruz-S.pdf. Acesso em: 13 mai. 2020

VALE, Clara Pimenta do. *Códigos De Posturas Da Cidade Do Porto Entre O Liberalismo E A República. Influências E Reflexos Na Forma De Construir Corrente*. Vitória do Espírito Santo, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/261052541_Codigos_de_Posturas_da_Cidade_do_Porto_entre_o_Liberalismo_e_a_Republica_Influencias_e_reflexos_na_forma_de_construir_corrente. Acesso em: 07 fev. 2020.

VASCONCELOS, Pedro de Almeida. *Salvador: transformações e permanências (1549-1999)*. 2 ed. Salvador: EDUFBA, 2006.

Capítulo IX

Os óbices jurídicos e sociais para a liberdade do curatelado

Júlia Rocha Batista Santos

Graduanda em direito

Os óbices jurídicos e sociais para a liberdade do curatelado

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o contexto histórico em que surgiu o Estatuto Da Pessoa com Deficiência, tratando das principais alterações na legislação vigente com foco no instituto da curatela. Ademais, ocupa-se ainda em analisar as mudanças sociais em torno da pessoa com deficiência ao longo do tempo, os preconceitos e a quebra de certos paradigmas. Por fim, conclui que atualmente a curatela possui o intuito de proteção ao incapaz, sendo um instrumento de tutela da dignidade do ser humano e garantia dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência, não sendo mais utilizado como método de exclusão.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. BREVE RELATO SOBRE A LOUCURA 3. A INCAPACIDADE 4. A CURATELA E A REDEFINIÇÃO DOS DIREITOS DO CURATELADO 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O tema tratado neste estudo aborda a vida do interditado, mais precisamente o tratamento jurídico em relação aos seus direitos patrimoniais e aos direitos de personalidade, fundamentais na consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana.

A loucura, em seu aspecto mais amplo, nunca foi aceita pela sociedade, seja por falta de informação seja por falta de interesse, o preconceito social em torno dessas pessoas, levou por séculos a sociedade a adotar condutas lamentáveis, negando-lhes uma condição mínima de dignidade enquanto seres humanos.

Cumprido ressaltar, que, apesar de todo o descaso vivido por essas pessoas ao longo de séculos, é possível na atualidade evidenciar uma mudança, não só social, mas também institucional, o qual aqui será tratado de forma muito simplória, tendo em vista que tratamentos e instituições de cuidado não são o enfoque deste trabalho.

A análise histórica torna-se fundamental para a compreensão da fragilidade e complexidade desse tema, bem como de seu vínculo com os institutos jurídicos, onde a sociedade utilizava do próprio direito para propagar o preconceito e a intolerância.

Diante da mudança social houve essa evolução legislativa, as pessoas com deficiência mental deixaram de ser invisíveis e passaram inclusive, a possuir direitos enquanto pessoas.

A evolução da medicina, da filosofia e a própria reforma dos institutos de cuidado, gerou uma reflexão social acerca da exclusão e da possibilidade dessas pessoas terem valor social, economicamente falando. Políticas de inclusão começaram a ganhar espaço em uma sociedade antes tão opressora e intransigente.

Cabe dizer que, apesar do grande salto social evidenciado na atualidade, a luta pela preservação dos direitos do incapaz está muito distante de acabar.

2. BREVE RELATO SOBRE A LOUCURA

Inicialmente, vale ressaltar a importância da individualidade do ser humano, cada pessoa é única em suas características e possui seu valor social, independentemente de qualquer deficiência, afinal a diferença é traço essencial na formação da humanidade.

Contudo, ao analisar historicamente o conceito de loucura, é possível verificar que as diferenças entre sujeitos eram o ponto crucial para definir a normalidade ou anormalidade e é nesse conceito também que a ciência da época se baseava. A ciência se misturava a todo momento aos conceitos sociais (REQUIÃO, 2015, p. 91).

O processo de exclusão desse sujeito deve sempre ser entendido de forma mais ampla, para além de sua subjetividade, envolvendo fatores econômicos, sociais, políticos e culturais. O conceito de exclusão inclui a pobreza, o abandono por parte da família, o esquecimento, a desigualdade, a invisibilidade e a perda da essência humana, como veremos a seguir (MACIEL, Silvana; MACIEL, Carla; BARROS, Daniela; NOVA SÁ, Roseane Christhina; CAMINO, Leôncio, 2008, p.116).

Na antiguidade grega e romana, a loucura era vista como algo sobrenatural, tratada como prática mitológica. Nos tempos da inquisição, a loucura era entendida como algo demoníaco, classificada como bruxaria, o que gerou uma perseguição dessas pessoas, tudo isso comandado pela igreja e pela burguesia que tinham como objetivo manter as crenças religiosas ((MILLANI, Helena; VALENTE, Maria Luisa, 2018, p.4).

Da idade média até o final das cruzadas, ocorreu a propagação da lepra, o número de doentes se multiplicava rapidamente e nesse contexto ocorreu a mais evidente forma de exclusão social. Esses doentes eram retirados do convívio social e integravam uma comunidade de pessoas doentes e abandonadas (ZAMPARONI, 2017, p.15).

Mais tarde, esses espaços destinados aos leprosos foram substituídos pelos portadores de doenças venéreas e posteriormente por aqueles considerados loucos (ZAMPARONI, 2017, p.16). Essa era a forma que a ciência tratava essas pessoas, excluía do convívio comum em prol do bem da sociedade.

Nessa época, não havia um pensamento social acerca de política de saúde mental, essas pessoas eram simplesmente excluídas da sociedade sem qualquer amparo ou data para retorno. A realidade é que a própria ciência não sabia como tratar esses indivíduos, e a sociedade não se importava com a ausência de cuidados nesse campo.

Foucault, em seu livro *A História da Loucura*, conta que em determinado momento histórico, a medicina, por não saber lidar com a situação, adotou métodos de punição para aqueles que possuíam o mal da loucura (MACIEL, Silvana; MACIEL, Carla; BARROS, Daniela; NOVA SÁ, Roseane Christhina; CAMINO, Leôncio, 2008, p.118). Na Idade Moderna, a exclusão se deu inicialmente

com a Nau dos Loucos, um navio que era preenchido com pessoas consideradas anormais e lançados ao mar. Posteriormente, na tentativa de conter a conduta do louco, diante do risco que trazia para a sociedade, surge o internamento, uma ilha dentro da civilização que tinha como objetivo isolar essas pessoas para controlá-las (MILLANI, Helena; VALENTE, Maria Luisa, 2018, p.5).

A revolução industrial, ao criar grandes centros urbanos, gerou uma grande quantidade de desocupados; mendigos, os quais acabam, por meio de uma política de higienização, se unindo aos loucos, formando um grupo de pessoas indesejadas socialmente. Esse processo de higienização ocorria de forma indiscriminada, todos aqueles considerados inúteis (seja por loucura ou por mendicância) eram retirados das ruas e levados às prisões (MILLANI, Helena; VALENTE, Maria Luisa, 2018, p.10).

No decorrer da história, não só a sociedade como a própria ciência acabava por reduzir o doente à sua doença, gerando desse modo um estigma social, o qual para Goffman constitui “*a situação do indivíduo que está inabilitado para a aceitação plena*” (GOFFMAN, 1975, p.7).

Esse estigma, esse preconceito, acaba gerando ao indivíduo não só a característica de doente, mas também carrega consigo seu aspecto negativo de incapaz, desconsiderando qualquer outro fator que lhe atribuiria aspecto humano.

Dessa forma, ao considerar esse indivíduo incapaz, torna-se possível dizer que inexistente na sociedade um ideal de igualdade entre os sujeitos. Aqueles que possuem diferenças em graus aceitáveis eram aceitos, enquanto os que possuem um grau maior eram considerados inferiores, e por isso, era considerado justo retirar desses indivíduos diversos “privilégios” sociais (REQUIÃO, 2015, p.51).

Além da exclusão propriamente dita (manter em prisões, manicômios) havia também a censura moral. O louco era associado, ao longo da história, não só ao doente apenas, mas também ao pecador, ao imoral. A loucura, por já ter sido entendida anteriormente como castigo divino, possuía um teor de punição, o qual perdurou por séculos.

Ocorre que, esse estigma social acaba por colocar o sujeito portador de deficiência (considerado até então como louco) como aquele passível de descrédito, o que acabava dando espaço para

que diversas violações à personalidade ocorressem, algumas mais discretas, outras mais abusivas (REQUIÃO, 2015, p.50).

Uma forma muito evidente da condição pejorativa que carrega alguns transtornos mentais até os dias de hoje, são as palavras utilizadas de forma ofensiva cotidianamente, como louco, demente, retardado, lesado, entre outras (REQUIÃO, 2015, p.71).

O preconceito social, por diversas vezes, era velado. As famílias que possuíam condições financeiras e status social, sentiam vergonha de seus familiares nessas condições, tendo em vista que ser possuidor de doença mental era algo degradante ao ser humano. Dessa forma, as famílias colocavam essas pessoas em manicômios com a alegação de proteção diante de sua vulnerabilidade social, quando na realidade, o preconceito era tão enraizado no dia a dia que as pessoas não queriam que sua imagem fosse associada com a de um filho, irmão ou pai louco.

A vergonha acabava estando presente em praticamente todos os cenários em torno do doente mental, tanto nos seus familiares como no próprio doente, o qual, independentemente de sua limitação, na maioria das vezes acabava acreditando ser realmente inferior, possuindo como único destino a sua exclusão.

Além desse argumento, era muito comum que as famílias internassem um pai, um tio, um avô, por puro interesse patrimonial. Tratavam aquela pessoa como louca, para que ela ficasse impossibilitada de usufruir seus bens, de gastar o patrimônio familiar (REQUIÃO, 2015, p.70).

Diante da necessidade de internação desses indivíduos “doentes”, a ideia de exclusão se normalizou a tal ponto que diversos estudos foram sendo formados sobre esse tema, na tentativa de tornar cada vez mais eficiente esse afastamento. Um grande exemplo do aprimoramento dessa dominação é a criação do ideal de penitenciária, O Panóptico. Esse conceito de prisão surge como uma tentativa de total supressão da individualidade e dos direitos inerentes à condição humana, diante de um sistema de suposta vigilância em tempo integral que gera não só o terror psicológico no prisioneiro, mas a paranoia diante da possibilidade de estar ou não sendo observado. Essa estrutura é baseada no observador, o detentor de todo o poder, enquanto cabe apenas ao cativo o bom comportamento e a submissão ao conceito de normalidade social (BENTHAM, 2019).

Com o passar dos anos, a sociedade passou por diversas transformações, principalmente no tocante aos seus valores. De certo que, como o direito acompanha a realidade social, também teve que ser modificado para se adaptar aos novos conceitos. Dessa forma, o sujeito que antes era considerado inferior, anormal, pecador, que era privado de seus direitos fundamentais, ganhou, com o tempo, um olhar mais humano, tanto do ponto de vista científico quanto social.

A sociedade passou a entender o doente mental não mais como um louco, mas como alguém que, apesar de possuir diferenças, e muitas vezes vulnerabilidades, possui direitos e deveres, bem como, vontades que devem ser respeitadas (MILLANI, Helena; VALENTE, Maria Luisa, 2018, p. 15).

Discute-se na contemporaneidade os direitos e deveres passíveis de serem assumidos por essas pessoas, com um olhar cada vez mais humano, analisando individualmente o caso concreto para que as decisões relacionadas a supressões de direitos sejam justas e comedidas

A sociedade tem percebido cada vez mais que esses indivíduos possuem valor social, não devendo, portanto, serem excluídos do convívio comum, pois o simples fato da existência de uma doença mental não transforma essa pessoa numa ameaça

O Estado, percebendo a importância da tutela dos direitos dessas pessoas, tem incentivado, por meio de políticas públicas, cada vez mais a inclusão e o respeito, desconstruindo dessa forma a ideia de redução do doente mental à sua doença.

Contudo, apesar de inúmeras transformações, tanto no aspecto social, como no aspecto jurídico, o preconceito, a vergonha e a falta de informações ainda reina. É preciso que se entenda que a sociedade está percorrendo um caminho para a evolução desse conceito, porém, ainda muito longe de alcançar a igualdade e o respeito que essas pessoas merecem.

3. A INCAPACIDADE

Inicialmente, para tratar sobre a incapacidade, cabe abordar brevemente o conceito de capacidade.

Capacidade, de acordo com Cristiano Chaves é “*um mecanismo de concretização da personalidade*”, ou seja, “*é a aptidão para adquirir direitos e assumir deveres*”. Há ainda a distinção entre a capacidade de fato, ou seja, a capacidade de exercício e a capacidade de direito, aquela que se confunde com a noção de personalidade, pois é a própria aptidão de titularizar direitos e deveres (CHAVES, 2017, p.330)

No tocante à incapacidade, essa se constitui como uma limitação, em algum grau, da capacidade de praticar certos atos jurídicos. Dessa forma, entende-se atualmente que incapacidade não está relacionada com deficiência, como outrora havia a correlação, nem todo deficiente é incapaz de praticar os atos da vida civil (CHAVES, 2017, p.334).

No direito brasileiro não existe incapacidade de direito, tendo em vista que todo ser humano, ao nascer, se torna capaz de adquirir direitos e deveres, dessa forma, só existe a incapacidade de fato ou a de exercício (GONÇALVES, 2014, p.110)

É importante ressaltar que não se deve confundir a falta de capacidade com a falta de legitimidade, dado que a falta de legitimidade ocorre em uma situação pontual, onde o sujeito está ou não habilitado a praticar ato específico, enquanto que a falta de capacidade está relacionada ao sujeito que, por possuir determinada condição, não se encontra apto a praticar os atos da vida civil de forma geral (REQUIÃO, 2015, p.64)

A própria doutrina, bem como a atual Constituição Brasileira pacificamente dispõe que ao incapaz é devido a concessão de direitos diferenciados, pois a incapacidade, ao criar limitações aos exercícios de certos direitos, pode facilmente gerar injustiças, retirando direitos que lhe são devidos (CHAVES, 2017, p.333).

O Código Civil de 2002 divide a incapacidade em duas; a absoluta e a relativa. A relativa permite ao incapaz realizar os atos da vida civil, desde que esse seja assistido por um representante legal, pois caso não haja essa assistência, os atos por ele praticados são considerados anuláveis. Contudo, apesar da obrigatoriedade, em certos atos ela não é obrigatória, como por exemplo atuar como testemunha, fazer testamento, ser eleitor e diversos outros (GONÇALVES, 2014, p.120).

O art. 4 do Código Civil de 2002 lista as hipóteses de incidência da incapacidade relativa, quais sejam: os maiores de 16 anos e menores de 18; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente não podem manifestar sua vontade; os pródigos.

Nos casos de incapacidade relativa baseada em critério subjetivo, os efeitos jurídicos dessa incapacidade só incidem após o devido processo de jurisdição voluntária chamada de ação de curatela. Cabe ressaltar que, diante de seu caráter excepcional, a incapacidade relativa deve ser provada em juízo, devendo se comprovar a causa que motiva a incapacidade (CHAVES,2017, p.359).

Já a incapacidade absoluta, no atual código civil pós vigência do Estatuto Da Pessoa com deficiência, só é aplicada aos menores de 16 anos, denominados menores impúberes. Para esses, foi entendido que, diante da pouca idade, essas pessoas não alcançaram ainda o grau de discernimento necessário para distinguir o certo do errado na ordem privada (TARTUCE, 2017, p.87)

Nos casos de incapacidade absoluta (menores de 16 anos), basta que se comprove a idade da pessoa para haver a incidência dos efeitos jurídicos da incapacidade, qual seja, a nulidade de todos os atos praticados pelo incapaz sem seu representante (CHAVES,2017, p.359).

Vale ressaltar, que a divisão da incapacidade em absoluta ou relativa se dá conforme o grau de maturidade, deficiência física ou mental da pessoa, onde o absolutamente incapaz não possui desenvolvimento completo, discernimento do que é permitido e do que é proibido, enquanto que o relativamente incapaz é dotado de algum discernimento (GONÇALVES, 2014, p.111).

No tocante aos valores constitucionais, esses jamais poderão ser atingidos, como o a dignidade humana, a liberdade, a intimidade, a igualdade e outros valores básicos garantidos na Constituição Federal vigente.

Insta frisar que, em ambas as classificações de incapacidade, o fundamento para ocorrer essa limitação sempre será a proteção ao incapaz, pois a própria doutrina refere-se ao incapaz como alguém mais vulnerável, sendo, portanto, merecedor de proteção (REQUIÃO, 2015, p.72)

Dito isso, vale lembrar que a proteção estará sempre com o curatelado, com base em suas necessidades, ou seja, a curatela somente se justifica se for para proteger o interesse do próprio curatelado e não o interesse de terceiros, mesmo que de sua própria família (caso de parentes que querem tornar uma pessoa incapaz com interesse unicamente patrimonial), devendo ainda levar em consideração a sua vontade. Cristiano ainda afirma que “*o juiz deve conferi-lhe uma curatela proporcional às suas necessidades e vocacionada à sua dignidade*” (CHAVES, 2017, p.360).

Ademais, é papel do próprio juiz analisar as peculiaridades no caso concreto, ou seja, aspectos individuais, bem como a própria vontade no indivíduo no momento de proferir uma sentença determinando uma curatela, pois isso feriria o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia de curatela como medida protecionista se concretiza no exato momento em que se atribui a essas pessoas, direitos diferenciados (CHAVES, 2017, p.359).

4. A CURATELA E A REDEFINIÇÃO DOS DIREITOS DO CURATELADO

O termo ação de interdição, por ter um teor preconceituoso, de induzir erroneamente a ideia de restrição a direitos e por criar um estigma sobre essas pessoas, o Estatuto da Pessoa com Deficiência mudou a nomenclatura dessa ação, a qual passou a ser simplesmente ação de curatela (o Código Civil ainda mantém a antiga terminologia). Essa mudança se dá pela necessidade de deixar claro que a pessoa curatelada não está privada de seus direitos, mas sim protegida de suas próprias vulnerabilidades (CHAVES, 2017, p.365).

O termo interdição além de possuir um teor opressivo, ainda carrega de certa forma a marca da loucura, onde aqueles indivíduos considerados perigosos e incontroláveis deveriam ser interditados (fisicamente) e afastados da sociedade, sendo privados de suas vontades e seus direitos.

A curatela, juntamente com a tutela, forma os institutos de direito assistencial para defesa dos interesses dos incapazes, onde serão realizados, por meio desses institutos, os atos da vida civil em nome do incapaz interditado. Enquanto que a tutela res-

guarda os interesses de menores não emancipados, a curatela, em regra, é utilizada na defesa dos interesses dos incapazes maiores de idade (TARTUCE, 2017, p.1440), sendo essa, objeto de estudo deste artigo.

Diante de seu caráter protecionista, o curatelado se torna dependente de seu curador para todos os fins, submetendo-se ao regime ou de assistência ou de representação, a depender do grau de capacidade constatado no caso em concreto (CHAVES, 2015, p.902).

No caso da curatela, a própria vulnerabilidade do indivíduo, fato que o impossibilita de exprimir sua vontade de forma ponderada, é que origina a incapacidade relativa, devendo assim, após o devido processo judicial, ser instituído um curador que o orientará, o ajudará a praticar os atos da vida civil de forma correta (vale lembrar que a vontade do curatelado deve sempre ser levada em consideração) (CHAVES, 2015, p.366).

A interdição é o processo judicial onde irá ser estabelecido a curatela do incapaz. Ao fim do processo, mediante sentença constatando a necessidade de interdição, será determinado formalmente os limites da autonomia do interditado, bem como qual o grau de autonomia que permanecerá com esse indivíduo. Aos legitimados para propor ação de interdição, encontram-se penas o cônjuge, companheiro, parentes consanguíneos e afins, MP, ou representante da entidade que o interditado se encontra abrigado, excluindo erroneamente o tutor, pois esse nem sempre será parente, mesmo sendo a pessoa em tese mais próxima e a responsável pelo interditando (REQUIÃO,2016 p.151).

Ao analisar o antigo Novo Código Civil, é possível identificar diversas modificações, principalmente após a vigência do Estatuto Da Pessoa com Deficiência. Anteriormente, o rol de incidência da incapacidade absoluta era muito mais extenso, a regra era pela incidência da incapacidade ao portador de transtorno mental de forma automática, sendo essa, a mais importante modificação com o advento com Código Civil de 2002, o qual retirou a obrigatoriedade de se enquadrar o sujeito possuidor de transtorno mental, como incapaz, promovendo assim a igualdade (REQUIÃO,2016 p.162). O próprio art. 4º do citado código, deixa claro que a simples existência de uma deficiência, não gera mais a incidência automática de incapacidade, visto que diversos incisos foram revogados.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - Os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Cabe afirmar que, mesmo nas situações em que a incapacidade decorrer de uma deficiência mental, ou seja, mesmo que o portador de um transtorno mental venha a ser limitado em certos atos da vida civil, essa limitação jamais poderá afetar a existência desse indivíduo, seus direitos básicos enquanto ser humano (REQUIÃO, 2016 p.165).

Atualmente, o novo código entende que só incide o instituto da curatela para o caso do relativamente incapaz, visto que não existe mais a possibilidade de absolutamente incapazes maiores (vale lembrar que a curatela serve apenas para os maiores de idade enquanto que a tutela serve para os menores) (TARTUCE, 2017, p.1455). Para se enquadrar nas hipóteses de relativamente incapaz, deve-se observar o art. 4 do Código Civil de 2002.

Pontua-se que, como dito acima, a mudança advinda com o estatuto e com o atual código, trouxe não só igualdade de condições para aqueles possuidores de deficiência, mas também, uma liberdade e uma segurança (TARTUCE, 2017, p.1455).

A curatela passa a ser considerada caráter excepcional, sendo adotada apenas quando provada sua necessidade (esse ponto foi considerado um grande avanço em relação a proteção patrimonial em virtude de tal instituto ter sido usado durante muito tempo para resguardar interesse privado de terceiro). Diante da mudança em relação aos portadores de transtorno mental, que não mais são considerados automaticamente incapazes, observa-se a garantia da autonomia para essas pessoas. A curatela passou a ser norteadada pela ideia de proporcionalidade às necessidades do curatelado,

bem como as circunstancia de cada caso, durando o menor tempo possível (REQUIÃO,2016 p.165).

Cabe dizer que, o Código Civil de 1916 era pautado em relações patrimoniais, dessa forma, a curatela era vista como um meio de proteção primordialmente patrimonial, ignorando o aspecto humano dessa medida. Nesse Código, aparece como motivo de incapacidade relativa não só a menoridade, como também a loucura, utilizando o termo “*loucos de todo o gênero*”, sem qualquer distinção entre as doenças ou os graus que possam limitar os indivíduos. Mesmos nos casos em que a doença mental de um indivíduo não o limitava em grau algum, o código o definia como incapaz absoluto, ignorando mais uma vez, sua existência enquanto ser humano, seus direitos e deveres. (CANTÚ, 2015, p.19)

Com a introdução do Estatuto da Pessoa com Deficiência, foi estabelecidas diretrizes gerais para assegurar, promover e proteger essas pessoas, garantido o exercício de seus direitos e deveres como afirma o art. 1º do citado estatuto

Art. 1º Fica instituído o Estatuto da Pessoa com Deficiência, destinado a estabelecer as diretrizes gerais, normas e critérios básicos para assegurar, promover e proteger o exercício pleno e em condições de igualdade de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais pelas pessoas com deficiência, visando sua inclusão social e cidadania participativa plena e efetiva

Esse estatuto gerou um distanciamento de paradigmas gerais e sociais, afastando o teor pejorativo que outrora sua condição de deficiente traria, retirando assim, a pessoa com deficiência da categoria de incapaz (COSTA, 2018, p.33).

O próprio art. 6º, bem como o art. 84º do estatuto afirma que a pessoa com deficiência não deve ser considerada civilmente incapaz, pois a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa.

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - Casar-se e constituir união estável;

II - Exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - Conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - Exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;
e

VI - Exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

No tocante a curatela, essa foi reformulada para que abranja apenas os atos de natureza patrimoniais e negociais, se adaptando assim as diretrizes do Estatuto da Pessoa Deficiência, jamais afetando questões relacionadas ao próprio corpo, a sexualidade, educação e diversos outros direitos fundamentais inerentes a própria existência desses indivíduos.

Vale ressaltar, que embora o estatuto tenha trazido diversas modificações para o Código Civil, elas não são suficientes para romper com o preconceito e com o estigma social enraizado ao longo dos anos. É necessário que exista cada vez mais políticas públicas incentivando a inclusão dessas pessoas, garantindo assim o que está previsto na constituição federal de 88, bem como no Estatuto da Pessoa com deficiência.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o ponto de partida para a compreensão do instituto da curatela é a própria sociedade e, portanto, torna-se imprescindível a análise sociológica do conceito de loucura ao longo da história, atribuindo o papel de agente transformador à família, à sociedade, bem como ao próprio aparato jurídico.

Foi necessário, ao longo dos anos, quebrar diversas barreiras para entender que uma pessoa com certo tipo de limitação, deficiência, não pode e nem deve ser limitada pelo simples fato de possuir uma característica que o diferencie do conceito de “normalidade social”, e diante disso, passou a ser reconhecida a necessidade de tutela do direito dessas pessoas, que desde o início dos tempos são excluídos e marginalizados pela sua condição física ou psíquica.

O Código Civil de 1916 diferenciou a incapacidade absoluta da relativa, sendo por si só um avanço, tendo em vista que o teor pejorativo que uma deficiência trazia impossibilitava tal distinção, os loucos eram apenas loucos, sem separação, sem análise do grau de capacidade de cada ser. Esse Código focava apenas na proteção patrimonial, ignorando por completo a proteção existencial cabível. Nesse sentido, diante das transformações sociais, foi percebendo a necessidade de mudança, onde surge a Constituição federal de 88 e suas garantias fundamentais, possuindo uma tendência, uma percepção mais humanitária.

Diante da divergência entre o Código civil e a própria Constituição, foi necessária uma mudança, surgindo assim o Código Civil de 2002 com suas tímidas transformações nas questões humanitárias envolvendo as pessoas com deficiência.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência gerou uma grande mudança social, atribuindo a esses indivíduos direitos e deveres inerentes a própria existência humana, os quais por muito tempo lhes foram negados. As mudanças provocadas pelo Estatuto foram além do âmbito social, alcançando o próprio sistema jurídico, originando uma grande modificação na legislação civil a fim de resguardar os direitos referentes à própria personalidade desses indivíduos, sua própria existência.

Vale lembrar que, para os que não possuem aptidão para exercer sozinhos os atos da vida civil, cabe a incidência do instituto da curatela (diante do devido processo legal, analisando o caso concreto e com um juiz que defina pelo resguardo sempre do interesse do interditado). Essa interdição é para que haja, nesses casos específicos, um amparo do curador, que lhe assegure uma vida digna, protegendo seus interesses, sua imagem e seu patrimônio.

Cabe dizer ainda que, apesar da grande dificuldade enfrentada todos os dias por essas pessoas, é evidente que hoje já existe uma conscientização maior por parte da sociedade e que o próprio direito entende a necessidade de independência (até certo grau a depender do caso concreto) desses indivíduos. Políticas públicas inclusivas tem sido cada vez mais comuns e são de extrema importância para a naturalização e inclusão das pessoas com deficiência.

Contudo, resta frisar novamente que, apesar de todas as conquistas alcançadas ao longo da história, há ainda muito mais a ser

feito. Infelizmente, constata-se que há um grande abismo entre a o ideal garantidos constitucionalmente em seus princípios fundamentais com realidade de uma pessoa com deficiência, tanto em seu aspecto social, onde existe ainda muito preconceito, por diversas vezes velado, como no próprio instrumento jurídico, que, querendo oferecer apoio e proteção, acaba por dificultar ou até mesmo impossibilitar que essas pessoas tenham condições de exercerem de forma digna seus direitos básicos.

Por fim, cabe lembrar que o processo de interdição deve sempre se atentar a proteger o próprio interditado e não resguardar interesse de terceiros, se atendo sempre ao devido processo legal e à preservação da dignidade humana garantida na Constituição de 88.

REFERÊNCIAS

- GONÇALVES, Carlos Roberto. 12.ed. **Direito Civil Brasileiro, Parte Geral**. São Paulo. Editora Saraiva, 2014, vol.1.
- GOFFMAN, Erwin. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Rio de Janeiro. Zarhar. 1975.
- TARTUCE, Flávio. 7. ed. **Manual de Direito Civil**. São Paulo. Editora Método, 2017, vol. Único.
- REQUIÃO, Maurício. **Estatuto da Pessoa com Deficiência, incapacidades e interdição**. Salvador. Editora JusPodivm, 2016.
- BENTHAM, Jeremy. 1.ed. **O panóptico**. Brasil. Editora Autêntica Editora LT, 2019.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. 9.ed. **Curso de Direito Civil. Família**; Salvador. Editora Juspodivm, 2015, vol. 6.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. 15.ed. **Curso de Direito Civil. Parte Geral e LINDB**. Salvador. Editora JusPodivm, 2017, vol.1.
- SANTANA, Maurício Requião. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. 2015. Tese. (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia - UFBA, Salvador. Orientador: Profa. Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges.
- COSTA, Mariana Pereira. **A curatela: uma análise crítica à luz do Novo Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2018. Tese. (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Centro Universitário de Formiga – UNIFOR, Minas Gerais. Orientador: Prof. Me. André Hostalácio Freitas.

- CANTÚ, Jessica Lentz Martins. **Curatela e interdição sob a perspectiva do Estatuto da Pessoa com Deficiência e do Código de Processo Civil**. 2015. Tese. (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis. Orientadora: Profa. MSc. Renata Raupp Gomes.
- MILLANI, Helena; VALENTE, Maria Luisa. O caminho da loucura e a transformação da assistência aos portadores de sofrimento mental. **SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog**. Ribeirão Preto, v.4. n.2. art.8, ago. 2008, p.2-17.
- ZAMPARONI, Valdemir. Lepra: doença, isolamento e segregação no contexto colonial em Moçambique. **Hist. cienc. saúde- Manguinhos**. Rio de Janeiro, v.24. n.1, jan./mar. 2017
- MACIEL, Silvana; MACIEL, Carla; BARROS, Daniela; NOVA SÁ, Roseane Christina; CAMINO, Leôncio. Exclusão social do doente mental: discursos e representações no contexto da reforma psiquiátrica. **Psico- USF**. Itatibaia, v. 13, n. 1, jan./jun. 2008, p. 115-124.
- BRASIL, **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília, 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm>
- BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>

Capítulo

X

Coração de filho sempre cabe mais um?

Juliana Cunha Brandão

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.
Endereço eletrônico: juliana@brandao.com.br.

Coração de filho sempre cabe mais um?

RESUMO

Com a crescente influência da socioafetividade na configuração das famílias, exsurge a figura da multiparentalidade, ventilando a possibilidade de o registro civil conter mais de um pai e/ou mais de uma mãe ao mesmo tempo, buscando-se um reconhecimento jurídico e social de uma realidade fática. Neste trabalho, busca-se explorar as implicações jurídicas da multiparentalidade, bem como as controvérsias doutrinárias e jurisprudência acerca do tema. Outrossim, a pesquisa debruça-se sobre uma análise de como esse novo instituto jurídico dialoga com a legislação vigente. Destarte, visa-se produzir uma reflexão ponderada sobre essa incipiente figura jurídica, que descamba em uma nova forma de se compreender a parentalidade.

Palavras-Chave: Multiparentalidade. Socioafetividade. Paternidade. Maternidade.

SUMÁRIO: 1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA-CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO; 2. ESPÉCIES/CATEGORIAS DE PATERNIDADE E MATERNIDADE; 3. DA ELEVAÇÃO DA SOCIOAFETIVIDADE A CATEGORIA

DE CRITÉRIO DE PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO NOS CASOS DE AÇÃO NEGATORIA DE PATERNIDADE E A QUESTÃO DA MULTIPARENTALIDADE. 4. CONCLUSÃO.

1. EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA FAMÍLIA-CONTEXTO SÓCIO-HISTÓRICO

Já dizia Aristóteles que o “homem é um ser social¹”. O homem vive em grupo, inicialmente, nos primórdios da história, por uma questão de sobrevivência e mais tarde o homem busca validar a experiência humana através das suas interações com os outros, mais especificamente das relações que cultivava ao longo da vida. A família, desta forma, cumpre também um papel de dar significado a existência, pois é a partir do compartilhar e também da ideia de perpetuação da espécie que esta se fortalece.

A família é a primeira instância de experiência social do indivíduo, e quiçá a mais importante, tão grande é a sua influência na formação da identidade deste. O Estado, naturalmente, deve se preocupar com o bem estar das famílias, pois essas exercem um papel fundamental no contexto da sociedade de criar cidadãos, inculcando-lhes valores e ensinando-lhes a viver e se portar no meio social. Já proclama o art. 227 da Constituição Federal sobre o dever das famílias, da sociedade e do Estado de propiciarem um ambiente saudável para as crianças se desenvolverem, além de garantir-lhes uma série de direitos fundamentais:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²

Hodiernamente, tem-se uma sociedade profundamente alterada pelo fenômeno da modernidade que trouxe consigo uma carga de liberdade muito grande, com a salvaguarda de uma série

1 ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo. Martin Claret. 2007.

2 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF. Senado Federal. 1988. Art. 227.

de direitos derivados da liberdade nas constituições como liberdade de religião, intrinsecamente conectada a laicidade do Estado, liberdade de expressão, liberdade sexual, realização pessoal, vida privada e planejamento reprodutivo, aliado a transformações sociais como direitos homossexuais, o feminismo, controle de natalidade por métodos contraceptivos e técnicas de reprodução assistida como a fertilização *in vitro*, de modo que as dinâmicas familiares sofreram alterações substanciais e a “cara das famílias” mudou, não mais obedecendo a um padrão.

Faz-se mister expor o histórico que levou a essas mudanças. Com as guerras mundiais e a industrialização, a mulher passou a contribuir com o orçamento da casa, conquistando uma certa autonomia e independência financeira, dando margem ao movimento feminista que luta pela igualdade entre homens e mulheres. Em decorrência disso, a mulher passou a ocupar um novo espaço na sociedade e nas famílias, deixando de ser submissa. No Brasil, o Estatuto da Mulher Casada foi introduzido ao ordenamento pátrio em 1962, consistindo na Lei nº 4.121/62, e foi um marco de direitos civis para as mulheres. Antes, as mulheres casadas eram consideradas relativamente incapazes para praticar os atos da vida civil, necessitando da outorga de seus maridos na forma de assistência ou ratificação para tanto. Com o Estatuto, extinguiu-se a incapacidade civil das mulheres, que passaram a poder ingressar no mercado de trabalho para exercer profissão sem precisar de autorização.

A Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, contribuiu para fomentar a mudança social e tornar a sociedade mais aberta e receptiva ao divórcio, enquanto outrora os indivíduos que se divorciavam, principalmente as mulheres, eram alvo de alto nível de estigmatização. Esse foi um fator de grande relevância para a visão que se tem atualmente sobre casamento e divórcio, de maneira que antes a concepção geral era de que o casamento era um laço eterno, sem possibilidade de dissolução, entendimento baseado em uma aceção religiosa da Igreja Católica, enquanto hoje a sociedade passou a aceitar a possibilidade de rompimento da relação matrimonial, priorizando a felicidade nas relações.

No Brasil, a família colonial brasileira, inspirada no modelo português e ligada ao padrão da Europa Medieval representa a

imagem de família que se teve por séculos no país, tendo sido o modelo predominante num passado não tão distante.

No século XVI, com o início da colonização, vivia-se a realidade da casa grande e da senzala, em que famílias abastadas cultivavam a suas lavouras de cana de açúcar no Nordeste através do uso de mãe de obra escrava, o homem senhor do engenho era senhor da casa e ditava as regras de tudo, a mulher, filhos e todos os outros obedeciam se sabiam o que era melhor para si, tendo em vista que o aparato estatal legitimava o poder do homem, havendo poucas brechas, frestas de liberdade.

No final do século XVII, com a descoberta de ouro na região de Minas Gerais, ocorreu um deslocamento econômico para o Sul, atraindo o tráfico de escravos para esta região, o número de celibatários era alto, bem como os concubinatos e a ilegitimidade. Nesse cenário, mulheres chefiavam famílias e exerciam atividade econômica embora o padrão permanecesse a estrutura patriarcal³.

No século XIX com a proliferação da cafeicultura, a Independência e a República e a vinda de imigrantes, houve também a incorporação das mulheres ao universo fabril⁴.

O reconhecimento das uniões homoafetivas enquanto entidade familiar foi também um grande fator contribuinte para essa mudança de paradigma acerca do conceito de família. Cabe pontuar que o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu legalmente a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo em 2011, de modo que a união estável homoafetiva estaria submetida as mesmas regras da união estável heteroafetiva, incluindo a sua conversão em casamento.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visando dar efetividade a decisão do STF, em 2013, aprovou e regulamentou o casamento civil gay no Brasil através de uma resolução. O STF, ao reconhecer a união homoafetiva, mediante uma interpretação extensiva do artigo 226, §3º da Constituição Federal de 1988, aplicou aos casais homoafetivos os mesmos direitos concedidos ao par heteroafetivo,

3 SAMARA, Eni de Mesquita. **O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade)**. Scielo. Psicologia USP. Vol. 13. Nº 2. São Paulo. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642002000200004>.

4 *Idem*.

por extensão dando margem a possibilidade jurídica da adoção por casais homoafetivos.

Antes muitos casais homoafetivos se habilitavam individualmente, o que acabava sendo prejudicial por não refletir a realidade de um casal criando a criança. Já para a adoção conjunta, com a decisão do STF, esta foi possibilitada para os casais homoafetivos, considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.060 de 1990, prevê que para adoção conjunta os adotantes devem ser casados civilmente ou mantenham união estável, devendo ser comprovada estabilidade familiar e essa parcela da população passou a ter o casamento e união estável reconhecidos.

Lado outro, os avanços tecnológicos contribuíram para o desenvolvimento de modo de possibilitar a reprodução humana, através das técnicas de reprodução assistida como a inseminação artificial, fertilização *in vitro*, inseminação intrauterina, injeção intracitoplásmica de espermatozoides, congelamento do material genético reprodutivo e doação de óvulos, sêmen e embriões dando azo a reprodução assistida heteróloga. Em tais casos, o material é de um terceiro alheio ao casal e na reprodução assistida homóloga o material biológico reprodutivo utilizado é do próprio casal que irá assumir a criança.

Em exemplo de caso de reprodução assistida heteróloga, na Apelação Cível 70062692876 (BRASIL, 2015a), julgada pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, foi usado material biológico reprodutivo de um amigo de um casal de mulheres que vivia em união estável e mais tarde se casou em um procedimento de inseminação intrauterina que gerou a gravidez da menor Elena.

No caso, no registro acabou constando somente a paternidade biológica do amigo Roberto e maternidade da mãe biológica Mariana que compunha o casal homoafetivo, de modo que os três entraram na justiça requerendo o reconhecimento da maternidade da esposa Luciana. Decidiu-se, então, no segundo grau, pela possibilidade da multiparentalidade, dado o fato de que os três participaram da gravidez, conforme fotos e depoimentos constantes nos autos e pacto de filiação em que se dispuseram sobre o exercício do poder familiar, direito sucessório, guarda, alimentos e visitação em prol da criança. Destarte, considerou-se que, tal como alegado, a multipa-

rentalidade já se dava no plano fático, sendo de rigor o seu reconhecimento no plano jurídico mediante o acréscimo no registro.

A família monoparental é aquela formada por uma só figura parental, seja esta o pai ou a mãe. Esta ocorre quando somente um deseja suportar as responsabilidades de cuidar do filho(a), ou a paternidade é ocultada por qualquer razão. Também ocorre nas chamadas “produções independentes”, quando através de um banco de doação de sêmen, a mãe da criança utiliza dos métodos de reprodução assistida para engravidar. A família monoparental adotiva, na qual um indivíduo decide adotar alguém sozinho é outra espécie de família monoparental. Fala-se, ainda, na família anaparental, que é composta por parentes que não os pais, como irmãos que moram juntos ou uma criança que mora com o tio, por exemplo.

Assim, como abordado, a evolução da família, núcleo da sociedade, fez com que as famílias passassem de um modelo patriarcal, pautado no matrimônio e na consanguinidade, também de cunho eminentemente patrimonial-econômico, para um modelo eudemonista, com as mais diversas configurações familiares que refletem os mais variados modos de vida e lastreado cada vez mais na socioafetividade.

Antes, a família era hierarquizada e o pai era a grande autoridade que comumente tinha a última palavra sobre todos os assuntos. Com o feminismo, a mulher passou a ganhar voz na sociedade, bem como dentro de casa e os paradigmas familiares começaram a sofrer mudanças, junto com o fato de que a sociedade em geral se tornou mais livre e mais tolerante com relação a diferentes estilos de vida, a liberdade de para se expressar opiniões contra corrente ganhando uma nova proteção.

Nesse passo, os direitos homossexuais ganham relevo. Os avanços tecnológicos também contribuíram para esse novo panorama, influenciando sobre o campo da reprodução médica assistida de modo que, o modelo tradicional de família abriu lugar para a chamada “família mosaico”, não mais composta necessariamente pela estrutura organizada pela figura do pai, da mãe e dos filhos.

Nesse sentido, o tabu em torno do desfazimento do casamento pelo divórcio ou separação foi superado. Como conseqüência deste fenômeno social, que traduz-se no princípio da pluralidade das

entidades familiares, em que a socioafetividade e o seu princípio correlato da afetividade adquirem destaque, surge a multiparentalidade, situação na qual por alguma circunstância da vida um indivíduo acaba nutrindo uma relação de filiação materna ou paterna com outro indivíduo que não é seu pai ou mãe biológico(a).

Essa concepção da parentalidade está também fortemente atrelada ao princípio da igualdade entre os filhos, que desagua na tese de paridade entre os tipos de parentalidade. Costumava-se operar com um sistema de exclusão de um modelo de parentalidade em detrimento do outro em casos de confronto entre os dois tipos de filiação, e num primeiro momento a filiação biológica triunfava sobre a socioafetiva, contudo esse quadro foi revertido, fazendo com que a filiação socioafetiva imperasse.

Dessa forma, à medida que a sociedade vai mudando e esses arranjos familiares vão saindo da invisibilidade, o Direito vai se aproximando e dando-lhes reconhecimento jurídico. A Constituição de 1988, com o seu princípio vetor da dignidade da pessoa humana, que figura como veículo de proteção máxima do indivíduo, visando garantir que o cidadão tenha os seus direitos mais basilares resguardados, produziu reformas no Direito de Família, combatendo frontalmente qualquer tipo de hierarquização que consistisse em solo fértil para distinções injustas.

Ao assegurar ao homem o respeito total a sua autonomia, a liberdade, a igualdade, a paz e a justiça e tudo aquilo que é de mais elementar para o seu viver, traduzindo-se em mínimas condições essenciais de existência como o seu bem-estar e desenvolvimento sadio, o princípio traz consigo a noção de que todo ser humano é inerentemente merecedor desses direitos, pregando a igualdade. Preserva-se, destarte as múltiplas formas de se viver e a pluralidade de composições familiares.

A Constituição de 1988, que tem o princípio da dignidade da pessoa humana como mola propulsora, irradiou o seu teor não discriminatório contra diferentes estruturas familiares para as suas previsões, zelando pelas diversas formas em que se dão a comunhão de vidas e filiação, de maneira que, unida ao Código Civil de 2002, ajudou a reformular o Direito de Família, fazendo jus as novas dinâmicas familiares.

O Código Civil de 1916 no seu artigo 233 colocava o marido como o único chefe da sociedade conjugal. Em contraposição, o artigo 226 §5º da Constituição Federal estabelece a igualdade de direitos e deveres entre o homem e a mulher na sociedade conjugal, e o artigo 1.511 do Código Civil de 2002 preceitua que o casamento é “a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, consagrando-se no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, que se estende aos companheiros pois a Constituição já não faz mais distinção entre as entidades familiares, equiparando-as.

O artigo 226 da Constituição Federal reconhece a família monoparental, a união estável e o casamento, reconhecendo-se outras entidades familiares. Vale salientar, nesse diapasão, que tanto o STF quanto o STJ posicionam-se no sentido da natureza exemplificativa e não taxativa deste rol de entidades familiares elencado pela Constituição.

A Constituição de 1988 reconhece a igualdade entre filhos no seu artigo 227, §6º, abolindo a antiga distinção que se fazia entre os filhos legítimos, isto é, havidos dentro da relação conjugal, e os filhos ilegítimos, havidos fora do casamento, e os filhos adotivos, alçando-os ao mesmo patamar. Antes, o Código Civil de 1916 discriminava entre os filhos legítimos, ilegítimos e adotivos.

A título de exemplificação, quando o adotante tinha filhos legítimos o adotado não participava da sucessão hereditária consoante o artigo 316 do Código Civil de 1916. O novo Codex também aborda a questão do tratamento isonômico entre os filhos no seu artigo 1.596, consignando que os filhos frutos ou não da relação do casamento, bem como os filhos adotivos terão os mesmos direitos e qualificações, vedando o tratamento discriminatório. Resta sacramentado, desta forma, o teor igualitário da nova legislação.

Também encontra-se traços da chamada afetividade na Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, que define a família como qualquer relação de afeto no seu art. 5, III. Obtempera-se, portanto, que a legislação se tornou mais aberta, não mais limitando o desenho de família ao casamento e associando-a cada vez mais a afetividade e a solidariedade manifestada na assistência material e psicológica.

2. ESPÉCIES/CATEGORIAS DE PATERNIDADE E MATERNIDADE

A paternidade ou maternidade é dividida em três categorias, presumida ou jurídica, a biológica e a afetiva.

A paternidade ou maternidade jurídica ou presumida é aquela que é proveniente de uma presunção legal.

O casamento surge na história justamente como uma forma de se assegurar a paternidade da prole que viesse a surgir na constância deste, com vistas a garantir que tivesse a quem deixar a herança, como modo de proteção das linhas de sangue além de maneira de se criar laços econômicos.

Tal histórico levou as presunções presentes no ordenamento jurídico brasileiro de “*pater is est quem justae nuptiae demonstrant*” ou “pai é quem as justas núpcias demonstram” ou presunção “*pater is est*”, que parte do pressuposto de que o pai da criança gerada por mulher casada é o marido desta, uma vez que haveria o dever de fidelidade no casamento, do qual se espera cumprimento.

A presunção da paternidade no caso é *juris tantum*, ou presunção relativa, que comporta prova em sentido contrário. Já a presunção “*mater is est*” é derivada da ideia de que “a mãe é sempre certa”, uma vez que a mãe gera a criança em seu ventre, não havendo dúvidas sobre a maternidade nesse sentido.

Essa presunção de paternidade também vigora nas ações investigatórias de paternidade, conforme o texto da súmula nº 381 do STJ, na qual lê-se “Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”. A súmula possui o intuito de prevenir que o homem se beneficie da sua recusa, não sendo premiado pelo ato da recusa, mas sim sendo servido com a presunção relativa de que é pai, desencorajando esse tipo conduta.

A paternidade ou maternidade biológica, diferentemente do critério sociológico da parentalidade socioafetiva, compõe-se pela biologia, pelo material genético que cada indivíduo carrega. É um dado objetivo que não comporta ares subjetivos como a qualidade das relações que os indivíduos cujo material biológico deu origem a outros, possuem com aqueles que geraram.

O advento do exame de DNA engendrou uma verdadeira revolução no campo de determinação da parentalidade, tornando

possível aferir cientificamente a origem de uma pessoa com um grau de certeza quase absoluto, tratando-se de um exame cujo nível de probabilidade é mais do que suficiente para pôr fim a qualquer dúvida. Antes trabalhava-se com a probabilidade de filiação derivada do tipo sanguíneo, que revelava se com base no tipo sanguíneo do suposto filho e no tipo sanguíneo do suposto pai ou mãe, era possível a filiação.

Entretanto, nesta hipótese, a compatibilidade do tipo sanguíneo apenas inseria essas pessoas em um grupo muito amplo de pessoas que compartilham tipos sanguíneos compatíveis, somente sendo capaz de eliminar a possibilidade de filiação quando os tipos sanguíneos eram incompatíveis, mas sendo incapaz de efetivamente apontar a paternidade ou maternidade.

Havia também o método de se analisar a aparência do suposto filho e o fenótipo do suposto pai ou mãe, método também incerto dada a verdadeira “loteria genética” que se dá toda vez que um filho é gerado podendo diferentes genes se expressarem.

A parentalidade socioafetiva tem como síntese a ideia expressa pelo velho jargão “pai ou mãe é quem cria”. De fato, a parentalidade em geral, seja envolvendo a figura paterna ou materna, requer tamanha dedicação e devoção parental, que vão muito além da mera concepção e ligação biológica.

Concedida a devida vênia aos laços de sangue, estes pré-formulados, cuja força não se nega, já que indivíduos ligados por estes comungam de uma ancestralidade e de dados biológicos, na vida também se constrói outros laços, os chamados laços afetivos que advêm de uma história comum. A relação de amor, carinho, amparo, atenção, cuidado e até de se impor limites, na qual um indivíduo efetivamente se empenha na educação e edificação do outro, perfaz a parentalidade socioafetiva. Tem-se, então, uma relação calcada em sentimentos e na convivência do cotidiano por duração razoável, com o exercício do papel de pai ou mãe protetor(a) e educador(a), gerando um parentesco psicológico e emocional.

Nesse contexto, o menor assume a condição de filho perante a sociedade, sendo tratado como tal, de modo que o sujeito efetivamente torna-se filho, havendo o tratamento recíproco de “pai/mãe e filho(a)”. Enquanto na parentalidade estritamente biológica não

necessariamente há o elemento da socioafetividade, a parentalidade socioafetiva depende do ingresso de um indivíduo nos “meandros do coração” do outro.

A socioafetividade é resguardada pelo artigo 1.563 do Código Civil que preconiza que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem, é na parte do “outra origem” que se enquadra a socioafetividade.

3. DA ELEVAÇÃO DA SOCIOAFETIVIDADE A CATEGORIA DE CRITÉRIO DE PRESERVAÇÃO DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO NOS CASOS DE AÇÃO NEGATORIA DE PATERNIDADE E A QUESTÃO DA MULTIPARENTALIDADE

Para muitos, a condição de “filho” que se adquire na paternidade socioafetiva seria inerentemente irrevogável, sem possibilidade de desconstituição, pois, um filho, uma vez que se “infiltra nos meandros do coração”, jamais deixaria de ser um filho, não importa as circunstâncias, de tão especial que seria esse elo existente na relação de filiação.

Contudo, inevitavelmente, nas ações negatórias de paternidade, na qual o pai registral faz o registro devido a um erro essencial e descobre não ser o pai biológico, buscando então anular o registro civil, depara-se com casos em que não foi constituída a paternidade socioafetiva, ou seja, casos em que houve o registro mas não houve a criação, ou casos em que ocorreu a socioafetividade mas o vínculo foi rompido quando o resultado do teste de DNA veio à tona.

No primeiro exemplo, a jurisprudência entende que comprovada a ocorrência de erro essencial que motivou o registro e a ausência da socioafetividade entre o suposto pai e o suposto filho, é possível a desconstituição do registro. No segundo exemplo, a jurisprudência tem entendido pela possibilidade de modificação do registro, considerando os elementos de vício de consentimento e socioafetividade interrompida.

São raras as decisões que nesse contexto de socioafetividade interrompida e vício de consentimento, prezam pela manutenção do vínculo. Nessa linha de inteligência, se incorre num debate semelhante ao da problemática do abandono afetivo, pois condi-

cionar o êxito da ação a presença ou não da socioafetividade, nos casos em que restou dissolvida em absoluto a ligação antes existente, evoca o questionamento sobre a possibilidade de se impor ou forçar uma afetividade e se não se estaria atropelando a autonomia da vontade ao se exigir algo que talvez a moral requiera mas que não deveria ser preocupação do direito, ao se negar provimento a ação.

Nessa esteira, recorda Murilo Sechieri Costa Neves que “não se pode acreditar que o direito seja capaz de regular as intrincadas relações afetivas entre as pessoas” e que a frustração de expectativas e o sofrimento seriam próprios da existência humana⁵.

Além disso, também há precedentes que reconhecem a necessidade da higidez da vontade de ser reconhecido como pai para que se configure a paternidade socioafetiva, de modo que se tal paternidade só se fez com base na falsa apreensão de um vínculo sanguíneo e sucumbiu com a verdade biológica, o vício de consentimento impede a caracterização desse instituto.

O STJ vem decidindo nessa linha, com o posicionamento de que não se pode impor os deveres de carinho, de cuidado e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo” (STJ, REsp 878.941/DF, Rel^a Min. Nancy Andrighi, J. em 21.08.2007).

Dessa forma, ocorre que, a relação havida entre as partes pode mudar completamente diante do exame de DNA negativo e as fundações do relacionamento de “pai e filho ou filha” podem não ser tão sólidas a ponto de não serem desmanteladas pela verdade biológica.

Em tais casos, em que não subsistem sentimentos indissolúveis e identifica-se uma conjuntura socioafetiva desfavorável, marcada pela indiferença, rejeição, abandono e até mesmo ódio, questiona-se se pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, deve ser mantida a filiação, entendendo-se não ser este o procedimento recomendável⁶.

5 NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Indenização por abandono afetivo**: impossibilidade. *Jornal Carta Forense*. Fev. 2012. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/8268>>.

6 RANGEL, Rafael Calmon. **Quando a socioafetividade não basta...** *Revista da AJURIS*. Vol. 40. Nº 132. Dezembro/2013.

Há, ainda, uma terceira situação, na qual o suposto pai deseja continuar sendo “pai de coração” mas almeja a anulação do registro. Nesse caso, a Quarta Turma do STJ entendeu por manter o registro e a filiação incólume⁷.

Cumpra salientar que estes cenários se distinguem da chamada “adoção à brasileira”, quando o indivíduo realiza o registro de filho de outro em nome próprio, possuindo plena ciência de que não é o pai da criança ou possuindo dúvida acerca da paternidade.

Nesses casos, em que não há vício de consentimento, existe robusta jurisprudência no sentido de que deve prevalecer a paternidade socioafetiva em detrimento da biológica, de maneira que o resultado da ação depende da existência ou não da socioafetividade.

Assim, busca-se transmitir a seriedade da questão de se lidar com crianças e fazer-lhe promessas, pois assumir a paternidade de uma criança é assumir obrigações perante esta, obrigações que o indivíduo deve estar preparado para cumprir. A ratio seria de que não se pode simplesmente “descartar” o indivíduo registrado e proceder de forma diferente seria prestigiar um comportamento torpe, possibilitando que o indivíduo se beneficiasse da sua própria torpeza, reconhecendo o outro como filho ou filha quando lhe convém, e “descartando-o” quando lhe apetece. Além de comportar-se de forma contraditória, seria por demais cruel extirpar um menor da condição de filho ou filha de alguém que chegou a lhe tratar como filho, com todas as benesses do termo.

Destarte, como a assunção da paternidade comumente está atrelada a existência de um relacionamento amoroso com a mãe da criança na adoção à brasileira, a manutenção do vínculo não pode estar condicionada a duração da relação, pugnando-se pela extinção do vínculo quando esta termina. Nesse contexto, das ações em que não houve vício de consentimento originário, não é necessário provar que o afeto perdurou até os dias atuais da celeuma judicial para desconstituir o registro, mas apenas que este existiu e que houve uma convivência por determinado período revestida de tal afeição e de publicidade.

7 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, relator ministro Luis Felipe Salomão. **Exame de DNA negativo não basta para anular registro de nascimento**. 29 de fev. 2012 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104858>.

Em outro caso aqui sob enfoque⁸, concluiu-se pela possibilidade de anulação do registro de nascimento da autora, para que fosse lançada neste a filiação biológica substituindo a parentalidade registral e socioafetiva, no contexto da adoção à brasileira, pois quem intentou a ação foi a filha, almejando ver reconhecida a filiação biológica através de ação de investigação de paternidade e maternidade cumulada com anulação de registro, ao invés do que geralmente se vê, que é o cenário das ações negatórias de paternidade em que o pai registral busca se desvincular das suas obrigações de pai.

O STJ entendeu que no caso de ser o filho, o maior interessado na preservação do vínculo jurídico da socioafetividade com o pai e a mãe registral, que pleiteia o reconhecimento da parentalidade biológica em detrimento da socioafetiva, negar-lhe acolhimento a sua pretensão equivaleria a lhe impor uma conjuntura para a qual não contribuiu formada de maneira escusa.

Já como exemplo de adoção a brasileira em que o réu padrasto registrou a menor como sua filha por ela ter experimentado graves problemas de saúde no seu primeiro ano de vida, o registro figurando como maneira de estender o seu plano de saúde pela empresa que trabalhava, a ela, figura uma Ação Anulatória de Registro de Nascimento c/c Reconhecimento de Paternidade julgada pelo Tribunal de Justiça da Bahia⁹.

O caso em tela desponta como um caso de adoção à brasileira em que considerou-se que não subsistia a socioafetividade pelo pai registral por mais que houvessem vínculos de afetividade, devendo prevalecer o vínculo biológico com o genitor também revestido de socioafetividade, em detrimento da socioafetividade que um dia existiu do pai registral, ressalte-se “de outra parte, restou delineado nos autos que não existem, e/ou não mais persistem, vínculos

8 ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Após adoção à brasileira, menina consegue reconhecimento jurídico de pais biológicos.** JusBrasil. 2012. Disponível em: <<https://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100266139/apos-adocao-a-brasileira-menina-consegue-reconhecimento-juridico-de-pais-biologicos>>.

9 BRASIL. PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. Apelação n° 0000960-40.2011.8.05.0103. **Acórdão.** TJ/BA. Apelante: Luciano Alves Campelo. Apelado: N. S. do N. N., Rep. Por Emanuela da Silva Cruz. Relator: Desembargadora Sílvia Carneiro Santos Zarif. Disponível em: <<https://jurisprudenciaaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/2c44995c-af87-371f-897b-b-8fc16fe6fcc>>.

parentais entre a criança e o pai registral, muito embora se possa reconhecer o vínculo afetivo - muito em razão de este ser pai de dois dos seus irmãos - vez que, deliberadamente ou não, já estão afastados do convívio há muitos anos, tendo o pai registral aceitado passivamente durante todo este período, o exercício da paternidade plena pelo pai biológico”.

No caso, o pai biológico proibiu visitas do pai registral, com quem a menor tinha contato apenas quando o pai registral ia pegar seus irmãos para visitas e falava ocasionalmente por telefone, deixando de existir vínculos parentais entre a criança e o pai registral, apesar de que haveria uma relação de afeto que se afiguraria como relação entre padrasto e enteada e seria insuficiente para caracterizar uma relação parental simultânea.

Assim, a mera relação de parentes afins com seus enteados e enteadas, mesmo que haja afetividade, carinho e cuidado, não estaria necessariamente apta a configurar filiação ou à torna-los efetivamente uma autoridade parental na vida da criança.

Imperativo observar nesse sentido que na relação comum de padrastos e madrastas e seus enteados e enteadas não há o dever de assistência material ou o acesso a direitos hereditários sobre os bens de um ou do outro. Nessa toada, existe uma grande diferença entre querer ter uma boa convivência e relação com ao enteado ou a enteada enquanto padrasto ou madrasta e querer transcender esse papel para tornar-se efetivamente pai ou mãe.

Dessa feita, deve-se avaliar, com base nas circunstâncias fáticas do caso concreto, se, seguindo o princípio do melhor interesse do menor, deve-se manter duas fontes de filiação no registro concomitantemente ou não¹⁰. Dessa forma, verificaria-se a possibilidade da multiparentalidade no caso concreto, não sendo esta uma regra.

Em outro caso sob exame, a narrativa autoral de vício de consentimento foi corroborada pela genitora e pelo pai biológico, também pela psicóloga que subscreveu laudo técnico e o pai registral pretendia a desconstituição da paternidade bem como o pai biológico aspirava ser incluído no assento registral da criança, de

10 BRASIL. 2ª TURMA CÍVEL. Apelação n° 0005622-51.2015.8.07.0006. **Acórdão**. TJ/DF. Segredo de Justiça. Relator: Cesar Loyola. Publicado no DJE: 01/07/2019. Pags. 290/292. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729307246/20150610057123-segredo-de-justica-0005622-5120158070006>>.

modo que o Tribunal entendeu que a multiparentalidade estabelecida pela decisão de primeiro grau não seria a melhor solução para a contenda por contrariar as vontades expressadas.

Portanto, seria importante checar se as vontades convergem no sentido de possibilidade de coexistência de vínculos em harmonia, pois do contrário, havendo um cenário adverso a multiplicidade de vínculos, poderia se estar prejudicando a criança ao se estipular esse arranjo parental múltiplo¹¹.

Noutro caso¹², foi delineado no acórdão que restou demonstrado através das fotos carreadas aos autos, a participação da autora madrastra nos momentos importantes da vida e formação da criança como aniversários, reuniões de escola, passeios, festas e viagens, destacando-se as expressões de felicidade, sendo este anseio legítimo dos autores da ação, a madrastra e o enteado, e de suas famílias.

Foi consignado, ainda, que escolheram essa via ao invés da adoção justamente para prestigiar a mãe biológica que faleceu tragicamente em decorrência de acidente vascular cerebral três dias após o parto. Tendo esta sido a figura materna que a criança conheceu, se reconheceu uma realidade ao se prestigiar a multiparentalidade.

Noutro giro, em uma nova ação¹³, evidenciou-se os elementos do nome, tratamento e fama, e de como a criança desde os 04 anos de idade havia convivido com um casal que dispensou a esta tratamento igual ao dado aos seus filhos genéticos, sendo inclusive o nome dos pais afetivos incluído nos convites de marcos importantes da vida da autora, reconhecendo-se a paternidade e a maternidade socioafetiva.

Em mais um caso¹⁴, no contexto, ficou comprovado que os indivíduos se reconheciam como pai e filho pelas fotografias e pelos

11 *Idem*.

12 BRASIL. PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286. **Acórdão**. TJ/SP. Apelante: Vivian Medina Guardia; Augusto Bazanelli. Apelado: Comarca de Itu. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp/inteiro-teor-110551735>>.

13 BRASIL. QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. Apelação Cível nº 2011.034517-3. **Acórdão**. TJ/RS. Apelante: L. L. S. Apelado: A. A. da S. O. Relator: Jorge Luis Costa Beber. Disponível em: <http://www.arpenrs.com.br/novo/noticias/2977_Paternidade%20e%20Maternidade%20Socioafetiva.pdf>.

14 BRASIL. QUINTA CÂMARA CÍVEL. Apelação nº 0800769-89.2015.8.05.0274. **Acórdão**. TJ/BA. Apelante: Ministério Público do Estado da Bahia. Apelados: Marcos Welbyson

depoimentos prestados em juízo pelo padrasto, os genitores biológicos do menor e por ele mesmo, donde o juízo extraiu o caráter público e positivo da convivência entre o padrasto e o infante, e concluiu por não haver impedimento ao reconhecimento desse estado de filiação já que o padrasto e o pai biológico do menor tinham ciência das repercussões jurídicas do reconhecimento do ato, que implicaria na continuidade das obrigações do pai biológico e na irrevogabilidade do ato para o padrasto e criação de direitos e deveres para o mesmo pela situação jurídica da multiparentalidade, ambos concordando com paternidade concomitante.

Há uma corrente que afirma que questões atinentes à psicologia, legitimidade do pleito e interesse do menor deveriam ser apreciadas por discussões pelo processo legislativo tal como ventilado pelo Ministério Público no processo supracitado.

Lauane Braz Andrekowisk Volpe Camargo¹⁵ traz a visão de que o afeto é muito importante, mas que o parentesco, a paternidade, a maternidade, são institutos que exigem uma estabilidade, uma segurança jurídica. E o afeto não traria isso, seria regido pela instabilidade. Segundo a autora: “(...) um dia as pessoas se gostam e no outro dia elas não se gostam. E as consequências jurídicas não deveriam ficar atreladas a isso.”

Há também quem defenda que a multiparentalidade geraria confusão e constrangimento a criança, todavia outros sustentam que a multiparentalidade não traria prejuízos para a criança, pois assim como a filiação tradicional tem o objetivo de agregar mais amor, carinho e cuidado com os filhos e que o desenvolvimento psicológico da criança somente vai ser afetado se a família passar por algum episódio disfuncional o que poderia ocorrer em qualquer tipo de família¹⁶.

Silva Pereira; Margleide Gomes da Silva Ferreira; e Fábio de Sousa Santos. Relatora: Desembargadora Ilona Márcia Reis. Disponível em: <<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/ceab585f-128d-3666-855d-434660ef55a2>>.

15 CAMARGO, Lauane Braz Andrekowisk Volpe. **Multiparentalidade e filiação**. Pitadas Jurídicas. Migalhas. 3 Dez. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/columa/pitadas-juridicas/230936/multiparentalidade-e-filiacao>>.

16 ACS. **A multiparentalidade traz todas as implicações inerentes à filiação, com deveres e direitos recíprocos**. TJDF. 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-multiparentalidade-traz-todas-as-implicacoes-inerentes-a-filiacao-com-deveres-e-direitos-reciprocoss-qualquer-hierarquia>>.

O juiz Clícério Bezerra e Silva, da 1ª Vara de Família e Registro Civil da Comarca do Recife, decidiu¹⁷ de maneira favorável aos requerentes em um caso em que dois homens casados ingressaram com pedido de abertura de jurisdição administrativa, pleiteando o reconhecimento de ambos na qualidade de pai no assentamento do registro de nascimento da pequena M. T. A. A, concebida mediante inseminação artificial heteróloga, com óvulo doado por uma mulher não identificada de um banco de armazenamento e material genético de um membro do casal e gerada no útero de outra mulher que concordou em “emprestar” o seu ventre.

O juiz ponderou que um dos homens era o pai biológico e que o outro também seria pai, consagrando-se como tal afetivamente, tendo ambos compartilhado de todo o processo de tornar-se pai, trazendo uma criança ao mundo e de ser pai, vivenciando em conjunto os seus altos e baixos e arcando com os custos materiais de tudo juntos e envolvendo-se emocionalmente. No caso a menor ganhou mais um pai e mais dois avós no seu registro. O caso figura como um exemplo de multiparentalidade em casos de casais homoafetivos que decidiram fazer uso das técnicas de reprodução medicamente assistida para terem filhos¹⁸.

Salienta o juiz, na sua decisão, que o argumento de que haveria um dano psíquico aos menores criados por casais homoafetivos não merece guarida, haja vista que com base nas pesquisas e estudos oficiais sobre a homoparentalidade, que vêm sendo realizados ao redor do mundo há mais de 30 (trinta) anos, encampados por profissionais de múltiplas áreas do conhecimento, como a Psicologia, Antropologia, Psiquiatria, Pediatria, Serviço Social e do próprio Direito, tem-se que nenhum prejuízo à criança foi observado, sob o ponto de vista de sua saúde psíquica, estabilidade emocional, capacidade de adaptação ao meio, enfrentamento do estigma, desenvolvimento da identidade de gênero, orientação sexual, dentre outros aspectos. Indica, ainda, que as pesquisas demonstram não ha-

17 BRASIL. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA DO RECIFE. **Sentença**. PROCESSO DE INDICAÇÃO DE PATERNIDADE. REQUERENTE: M. A. A.; W. A. A. JUIZ: CLICÉRIO BEZERRA E SILVA. 28 FEV. 2012. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/13-MINICURSO.Decisao-Registro-Casal.Homoafetivo-TJPE.pdf>>.

18 CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. 3ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2017.

ver diferenças significativas entre o desenvolvimento de crianças criadas por famílias heterossexuais, comparadas àquelas criadas por famílias homossexuais e que assim não poderia ser diferente, posto que não é o sexo dos pais/mães que irá configurar-se como fator de preponderância ao bom desenvolvimento da criança, mas a qualidade da relação que aqueles conseguem estabelecer com esta¹⁹. Cita, para além disso, que no que atine aos pais/mães homoafetivos, o resultado geral das pesquisas realizadas por diversos autores indicam a inexistência de diferenças em relação à habilidade para o cuidado dos filhos e à capacidade parental de pessoas heterossexuais e homossexuais²⁰.

Para o juiz, o que causaria mal as crianças seria situações de maus-tratos, abuso sexual, abandono ou alienação parental, sendo que a hipótese em apreço trataria do oposto desses cenários desoladores, em se tratando de uma situação de acolhimento e de amor. Haveria, portanto, o sonho mútuo de se construir uma família, algo positivo.

O magistrado combate também o argumento de que o judiciário estaria se “espalhando”, se “agigantando”, para tocar em questões não decididas pelo legislativo e decidindo em seu lugar, rebatendo que quando o judiciário se depara com um caso concreto, um fato social onde há uma omissão legislativa, este deve amoldar a lei aquela situação e cumprindo o papel de guardião da Constituição e da lei, deve proteger os direitos civis das minorias socialmente vulneráveis, a quem a maioria jamais poderia “fazer algum mal” através do seu poder de voto, justamente em virtude da lei que as salvaguarda²¹.

Noutro passo, no que concerne o argumento de que a multiparentalidade geraria “confusão” no psicológico da criança, que ficaria aturdida ao ter que lidar com essa realidade na sua cabeça, é comum ver crianças que dizem que têm dois pais ou duas mães e se estaria apenas reconhecendo uma realidade fática.

19 BRASIL. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA DO RECIFE. **Sentença**. PROCESSO DE INDICAÇÃO DE PATERNIDADE. REQUERENTE: M. A. A.; W. A. A. JUIZ: CLICÉRIO BEZERRA E SILVA. 28 FEV. 2012. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/13-MINICURSO.Decisao-Registro-Casal.Homoafetivo-TJPE.pdf>>.

20 *Idem*.

21 *Idem*.

Quanto ao argumento de que esta situação lhe engendraria constrangimentos, exsurge constrangimento real nos atos do dia-a-dia como pegar a criança na escola ou levá-lo ao médico que podem representar um enorme constrangimento, tanto ao menor como ao pai/mãe socioafetivo quando esses se encontram impedidos de desenvolvê-los pela ausência do registro da realidade fática no documento civil²².

4. CONCLUSÃO

O Direito deve atender às demandas da sociedade e acompanhar as suas mudanças. Pelo histórico delineado no presente artigo, percebe-se uma série de transformações no arcabouço da sociedade que refletiram na estrutura das famílias.

A viabilidade da multiparentalidade e do reconhecimento ou rechaço da socioafetividade pela máquina do judiciário deve ser sempre avaliada no caso concreto, verificando-se qual curso de ação realiza a melhor solução para o processo que, no Direito de Família em especial, lida com vidas e toca muito em sentimentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACS. **A multiparentalidade traz todas as implicações inerentes à filiação, com deveres e direitos recíprocos**. TJDF. 2019. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/entrevistas/2019/a-multiparentalidade-traz-todas-as-implicacoes-inerentes-a-filiacao-com-deveres-e-direitos-reciprosos-sem-qualquer-hierarquia>>.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo. Martin Claret. 2007.

ARPENCEARÁ. **Cresce demanda por adoção multiparental**. Associação Cearense dos Registradores de Pessoas Naturais. 2019. Disponível em: <<http://arpenca.org.br/2019/04/02/cresce-demanda-por-adoacao-multiparental/>>.

ASSOCIAÇÃO DOS REGISTRADORES DE PESSOAS NATURAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Após adoção à brasileira, menina consegue reconhecimento jurídico de pais biológicos**. JusBrasil. 2012. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/1144444-apos-adoacao-a-brasileira-menina-consegue-reconhecimento-juridico-de-pais-biologicos>>.

22 PESSOA, Gabriela Pimentel; CABRAL, Angélica Mota. **A filiação socioafetiva e suas implicações às dinâmicas familiares dos dias atuais no Brasil**. Revista de Direito de Família e Sucessão. Vol. 4. N° 2. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/4971>>.

arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100266139/apos-adocao-a-brasileira-menina-consegue-reconhecimento-juridico-de-pais-biologicos>.

BARRETO, Luciano Silva. **Evolução histórica e legislativa da família**. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13. 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Volume I. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumeI/10anosdocodigocivil_205.pdf>.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF. Senado Federal. 1988.

_____. 2ª TURMA CÍVEL. Apelação nº 0005622-51.2015.8.07.0006. **Acórdão**. TJ/DF. Segredo de Justiça. Relator: Cesar Loyola. Publicado no DJE: 01/07/2019. Pags. 290/292. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/729307246/20150610057123-segredo-de-justica-0005622-5120158070006>>.

_____. JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA DO RECIFE. **SENTENÇA**. PROCESSO DE INDICAÇÃO DE PATERNIDADE. REQUERENTE: M. A. A.; W. A. A. JUIZ: CLICÉRIO BEZERRA E SILVA. 28 FEV. 2012. Disponível em: <<http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCC/dirFamilia/eventos/13-MINICURSO.Decisao-Registro-Casal.Homofetivo-TJPE.pdf>>.

_____. OITAVA CÂMARA CÍVEL. Apelação nº 70062692876. **Acórdão**. TJ/RS. Apelante: L. P. R.; R. C.; e M. B. R. Relator: José Pedro de Oliveira Eckert. 12 Fev. 2015. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2017/10/TJRS-APELA%C3%87%C3%83O-C%C3%8DVEL.-DECLARAT%C3%93RIA-DE-MULTIPARENTALIDADE.-REGISTRO-CIVIL.-DUPLA-MATERNIDADE-E-PATERNIDADE.-IMPOSSIBILIDADE-JUR%C3%8DDICA-DO-PEDIDO.-INOCORR%C3%8ANCIA.-JULGAMENTO-DESDE-LOGO-DO-M%C3%89RITO..pdf>>.

_____. PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. Apelação nº 0000960-40.2011.8.05.0103. **Acórdão**. TJ/BA. Apelante: Luciano Alves Campelo. Apelado: N. S. do N. N., Rep. Por Emanuela da Silva Cruz. Relator: Desembargadora Silvia Carneiro Santos Zarif. Disponível em: <<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiro-teor/2c44995c-af87-371f-897b-b8fc16fe6fcc>>.

_____. PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PRIVADO. Apelação nº 0006422-26.2011.8.26.0286. **Acórdão**. TJ/SP. Apelante: Vivian Medina Guardia; Augusto Bazanelli. Apelado: Comarca de Itu. Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br>>.

br/jurisprudencia/22130032/apelacao-apl-64222620118260286-sp-0006422-2620118260286-tjsp/inteiro-teor-110551735>.

_____. QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. Apelação Cível nº 2011.034517-3. **Acórdão**. TJ/RS. Apelante: L. L. S. Apelado: A. A. da S. O. Relator: Jorge Luis Costa Beber. Disponível em: <http://www.arpenrs.com.br/novo/noticias/2977_Paternidade%20e%20Maternidade%20Socioafetiva.pdf>.

_____. QUINTA CÂMARA CÍVEL. Apelação nº 0800769-89.2015.8.05.0274. **Acórdão**. TJ/BA. Apelante: Ministério Público do Estado da Bahia. Apela-dos: Marcos Welbyson Silva Pereira; Margleide Gomes da Silva Ferreira; e Fábio de Sousa Santos. Relatora: Desembargadora Ilona Márcia Reis. Disponível em: <<https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/ceab585f-128d-3666-855d-434660ef55a2>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, relator ministro Luis Felipe Salomão. **Exame de DNA negativo não basta para anular registro de nascimento**. 29 de fev. 2012 Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104858>.

CAMARGO, Lauane Braz Andrekowisk Volpe. **Multiparentalidade e filiação**. Pitadas Jurídicas. Migalhas. 3 Dez. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/pitadas-juridicas/230936/multiparentalidade-e-filiacao>>.

CARDOSO, Leticia Ayala. **Paternidade socioafetiva** – comentários sobre os principais reflexos na família moderna. JusBrasil. 2019. Disponível em: <<https://lehayalla.jusbrasil.com.br/artigos/733610772/paternidade-socioafetiva-comentarios-sobre-os-principais-reflexos-na-familia-moderna>>.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 3ª Edição. São Paulo. Editora Atlas. 2017.

CONJUR. **STJ autoriza desconstituição de paternidade após 5 anos de convívio**. Revista Consultor Jurídico. 24 Fev. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-fev-24/stj-autoriza-desconstituicao-paternidade-anos-convivio>>.

CUNHA, Matheus Antonio da. **O conceito de família e sua evolução histórica**. Portal Jurídico Investidura. Florianópolis/SC. Disponível em: <investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica>.

DIAS, Maria Berenice; OPPERMANN, Marta Cauduro. **Multiparentalidade: uma realidade que a justiça começou a admitir**. Maria Berenice (site). Disponível

em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13075\)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13075)MULTIPARENTALIDADE__Berenice_e_Marta.pdf)>.

DRESCH, Márcia. **A instituição familiar na legislação brasileira**: conceitos e evolução histórica. Portal JUS. Publicado em: 09/2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51795/a-instituicao-familiar-na-legislacao-brasileira-conceitos-e-evolucao-historica>>.

FONSECA, Carolina Lattario. **Paternidade socioafetiva, adoção à brasileira e suas atuais implicações**. 2013. 57 f. Monografia (Graduação). Curso de Direito. Escola de Direito FGV Direito Rio. Rio de Janeiro. 2013.

LIMA, Geildson de Souza. **A evolução no conceito de família**: a família como instrumento na busca da felicidade. Portal Conteúdo Jurídico. 22 Ago. 2016. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/47369/a-evolucao-no-conceito-de-familia-a-familia-como-instrumento-na-busca-da-felicidade>>.

MACEDO, Camila Gonçalves de. **Multiparentalidade**. Portal JUS. Publicado em: 07/2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67558/multiparentalidade>>.

MAXWELL. **Família Brasileira**: do patriarcalismo colonial ao crescente poder feminino na contemporaneidade. PUC-RIO. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12054/12054_3.PDF>.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Indenização por abandono afetivo**: impossibilidade. Jornal Carta Forense. Fev. 2012. Disponível em: <<http://www.cartataforense.com.br/conteudo/artigos/indenizacao-por-abandono-afetivo-impossibilidade/8268>>.

NORONHA, Maressa Maelly Soares; PARRON, Stênio Ferreira. **A evolução do conceito de família**. UNIESP. Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170602115104.pdf>.

PEREIRA, Fernando Sígolo; BUENO, José Geraldo Romanello. **A multiparentalidade como consequência da reprodução humana assistida**: aspectos gerais e efeitos jurídicos. Revista de Direito. Vol. 11. Nº 01. 2019. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/2063>>.

PESSOA, Gabriela Pimentel; CABRAL, Angélica Mota. **A filiação socioafetiva e suas implicações às dinâmicas familiares dos dias atuais no Brasil**. Revista de Direito de Família e Sucessão. Vol. 4. Nº 2. 2018. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/4971>>.

RANGEL, Rafael Calmon. **Quando a sociafetividade não basta...** Revista da AJURIS. Vol. 40. Nº 132. Dezembro/2013.

SAMARA, Eni de Mesquita. **O que mudou na família brasileira? (da colônia à atualidade)**. Scielo. Psicologia USP. Vol. 13. Nº 2. São Paulo. 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642002000200004>.

Capítulo XI

A prática do *dumping* ambiental
no contexto de expansão do
comércio internacional e a tese do
desenvolvimento sustentável como
forma de conciliação de interesses

Laura Bandeira Cerviño

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito e
em Ciências Econômicas pela Universidade Federal da Bahia.

E-mail para contato: laurabandeiracervino@gmail.com

A prática do *dumping* ambiental no contexto de expansão do comércio internacional e a tese do desenvolvimento sustentável como forma de conciliação de interesses

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. A TESE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL 3. PROCESSO DE DETERIORAÇÃO DO MEIO AMBIENTE 3.1. A EXPANSÃO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL 3.2. O *DUMPING* AMBIENTAL 4. OS RAMOS DO DIREITO E SEUS LIMITES, DESAFIOS E POSSIBILIDADES PARA REGULAMENTAR O *DUMPING* AMBIENTAL 4.1. O DIREITO AMBIENTAL EM FACE AO *DUMPING* AMBIENTAL 4.2. O PAPEL DO DIREITO ECONÔMICO 4.3. A LEGISLAÇÃO COMO FORMA DE COMBATE À PRÁTICA DO *DUMPING* AMBIENTAL 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo discorrer sobre o *dumping* ambiental em seu contexto de expansão do comércio internacional, se apresentando como forma desleal de concorrência. Em contraponto, será analisada a tese do desenvolvimento sustentável e de que forma, utilizando as ideias propostas por ela, se pode

criar legislação para combater práticas comerciais nocivas ao meio ambiente. Para isso, serão trazidos os conceitos de direito ambiental e direito econômico e de que forma estes se relacionam.

Palavras-Chave: *Dumping* Ambiental; Desenvolvimento Sustentável; Comércio Internacional; Direito Econômico; Direito Ambiental

1. INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos dos últimos tempos, a humanidade se empenhou em explorar o meio ambiente, visando garantir o crescimento econômico e a satisfação de suas necessidades. Devido à forte concorrência derivada da internacionalização do comércio, surgiram práticas comerciais abusivas, alinhadas ao desejo de conquista de mercado diverso e à falta de regras que regulamentassem propriamente estas transações.

Uma destas práticas é conhecida como *dumping* ambiental, que consiste em transferência de indústrias poluentes de países desenvolvidos para outros onde a legislação ambiental não impõe tantas regras de defesa e proteção do meio ambiente, tornando, assim, a produção mais rentável.

Por se tratar de atividade econômica extremamente lucrativa, a proibição do *dumping* ambiental é algo ainda fora de textos normativos. No entanto, a prática causa danos irreparáveis ao meio ambiente e sua prática não deve continuar de maneira incontrolada.

Surge, então, a tese do desenvolvimento sustentável como uma forma de conciliação dos fins de desenvolvimento econômico com a defesa do meio ambiente. Esta tese defende um desenvolvimento que possa satisfazer necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de fazerem o mesmo. É notável, ainda, a preocupação social contida na tese, visando garantir o bem-estar da coletividade.

O presente trabalho tem como objetivo identificar em quais pontos da tese do desenvolvimento sustentável o *dumping* ambiental atua diretamente, procurando uma forma de conciliar os interesses das empresas com as questões ambientais fundamentais para a sobrevivência da humanidade. Pretende analisar, ainda, de que forma o direito ambiental pode agir na busca pela conciliação dos interesses ligados a este ramo e ao direito econômico, sendo estes basilares para a manutenção e evolução da sociedade.

Para a produção deste artigo, foi utilizado o método dialético e, como instrumentos da pesquisa, artigos, jurisprudências, livros, legislação nacional e internacional, para conclusão e fundamentação do questionamento principal.

Em seus capítulos, o artigo traz os conceitos do desenvolvimento sustentável e do *dumping* ambiental, bem como seus contextos de surgimento. Foi realizada, ainda, uma análise crítica da relação entre os dois conceitos, bem como com determinados ramos do direito, sendo eles o direito ambiental e o econômico.

2. A TESE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A tese do desenvolvimento sustentável surge com o Relatório Brundtland, também chamado de *Our Common Future* (“Nosso futuro em comum”) que foi elaborado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento em 1987. Neste relatório, a Comissão define a tese como sendo “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades” (1987). Barbosa (2008) destaca que a tese surgiu a partir de estudos da ONU (Organização das Nações Unidas) sobre mudanças climáticas, como uma resposta para a humanidade perante a crise social e ambiental pela qual o mundo passava.

O texto tinha como objetivo ressaltar os riscos do uso excessivo dos recursos naturais sem considerar a capacidade de suporte dos ecossistemas, ressaltando a incompatibilidade entre o desenvolvimento sustentável e os padrões de produção e consumo da sociedade atual. Para isso, foram trabalhados três importantes pontos: o meio ambiente, a economia e as questões sociais. É em cima destes três pilares que o presente artigo buscará tratar a tese do desenvolvimento sustentável, analisando cada um destes aspectos, suas

repercussões no cenário atual e a forma como o desenvolvimento sustentável busca alcançar um equilíbrio entres os mesmos.

O relatório elaborado pela Comissão de Brundtland ganhou notoriedade por chamar a atenção do mundo para a necessidade de se encontrar novas formas de desenvolvimento econômico, sem a redução dos recursos naturais e sem danos ao meio ambiente. É importante, ainda, frisar a questão social tutelada pelo texto, que destaca que deve ser estabelecida uma nova relação homem-meio ambiente, visando preservar o bem-estar da sociedade, entendendo que, assim como existe um limite máximo para a utilização dos recursos naturais, há também um limite mínimo para o bem-estar da sociedade. Para ilustrar como o Relatório propõe o equilíbrio entre os três pilares destacam-se algumas de suas propostas:

[...] (a) limitação do crescimento populacional; b) garantia de alimentação a longo prazo; c) preservação da biodiversidade e dos ecossistemas; d) diminuição do consumo de energia e desenvolvimento de tecnologias que admitem o uso de fontes energéticas renováveis; e) aumento da produção industrial nos países-não industrializados à base de tecnologias ecologicamente adaptadas; f) controle da urbanização selvagem e integração entre campo e cidades menores; g) as necessidades básicas devem ser satisfeitas (BRUSEKE, 1998, p. 33 apud SOBRINHO, 2008).¹

São trazidas, ainda, metas a serem atingidas a nível internacional, sendo elas:

[...] h) as organizações do desenvolvimento devem adotar a estratégia do desenvolvimento sustentável; i) a comunidade internacional deve proteger os ecossistemas supranacionais como a Antártica, os oceanos, o espaço; j) guerras devem ser banidas; k) a ONU deve implantar um programa de desenvolvimento sustentável (BRUSEKE, 1998, p. 33 apud SOBRINHO, 2008).

Pode-se, ainda, ressaltar que, no que se refere aos recursos naturais, o relatório avaliou a capacidade da biosfera de absorver os efeitos causados pela atividade humana, e afirmou que a pobre-

1 No que se refere aos tópicos acima, Thomas e Callan (2010) explicam: “Com base nas tendências atuais, estima-se que a população mundial atinja 9,4 bilhões até 2050, um acréscimo de aproximadamente 3,4 bilhões. As tentativas de aumento da produção necessária para abastecer esse crescimento colocarão uma pressão desordenada na ecologia e no estoque de recursos da Terra”.

za já pode ser considerada como um problema ambiental e como um tópico fundamental para a busca da sustentabilidade.

Neste mesmo sentido, Barbosa afirma que “o Relatório Brundtland considera que a pobreza generalizada não é mais inevitável e que o desenvolvimento de uma cidade deve privilegiar o atendimento das necessidades básicas de todos e oferecer oportunidades de melhoria de qualidade de vida para a população” (2008).

Contudo, nem todos os autores são favoráveis às ideias elaboradas pela Comissão. Abdelmalki (2010), por exemplo, entende que o conceito de desenvolvimento sustentável é, na verdade, uma expressão contraditória, visto que, não se pode continuar com um crescimento econômico de forma indefinida, pois, se a tese for aplicada à nossa vida econômica, levará os formuladores de políticas de meio ambiente e desenvolvimento a um beco saída. Portanto, Abdelmalki considera que o desenvolvimento sustentável é impossível e que as políticas fundadas nele não são realistas.

Souza e Armada (2017) trazem ainda a ideia de que “dentro dos vários exemplos que podem ser assinalados para corroborar o caráter insustentável do desenvolvimento a partir do Relatório Brundtland, o comportamento das emissões de gases de efeito estufa no período talvez seja o mais emblemático. Embora os Estados tenham se mobilizado no sentido de tentar frear o comportamento crescente das emissões, elas continuaram em ritmo crescente mesmo depois da entrada em vigor do Protocolo de Quioto”, se posicionando contra as ideias trazidas pelo relatório, por acreditar que não sairão do papel, considerando-as impossíveis de se materializar.

3. PROCESSO DE DETERIORAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

3.1. A expansão do comércio internacional

Com a evolução das relações econômicas existentes entre os países, suas economias passaram a ser interdependentes, o que desencadeou a necessidade de regulação do comércio internacional, com objetivo de alcançar “igualdade nas transações entre economias distintas, principalmente no tocante às práticas comerciais que envolvam ou atinjam o meio ambiente” (PIFFER, 2008).

Devido à internacionalização do comércio e o crescimento da concorrência entre países, foram surgindo práticas abusivas, visando a conquista de mercados. Uma dessas práticas abusivas, conhecida como *dumping*, consiste em:

[...] oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior, a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador. (PIFFER, 2008)

A prática teve notória disseminação e sofreu regulamentação proibindo-a por parte da GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) e, posteriormente, da OMC (Organização Mundial do Comércio).

No entanto, surge sua versão ambiental, que ainda não possui legislação expressa. Se trata do chamado *dumping* ambiental.

3.2. O *dumping* ambiental

O aumento da participação de empresas transnacionais fez com que surgissem práticas comerciais mais sofisticadas, sendo, uma delas, o *dumping* ambiental. Esta prática consiste na transferência de indústrias poluentes de países desenvolvidos para outros países onde a legislação ambiental não imponha tantas regras de defesa e proteção de meio ambiente, tornando, assim, a produção mais rentável.

Barral descreve essa como se efetivando:

[...] através da transferência de unidades produtivas relacionadas com indústrias poluentes, dos países desenvolvidos para países onde existem menores exigências de proteção ao meio ambiente, desonerando as empresas dos investimentos necessários à proteção ambiental. (BARRAL, 2000, p. 11)

Piffer conceitua a prática como:

[...] venda internacional de produtos por preços mais baixos que o da concorrência, devido à necessidade de a empresa exportadora seguir determinadas regras protetivas ao meio ambiente. (PIFFER, 2008, p. 402)

Como consequência da redução de custos, ocorre aumento ilegítimo da competitividade em detrimento do meio ambiente. O

maior problema visualizado é quanto à inexistência de previsão legal no âmbito da OMC. Desta forma, sua regulamentação apresenta-se como um grande desafio para os ordenamentos jurídicos nacionais.

O importante a se entender na prática do *dumping* ambiental é que este surge num contexto em que os custos de produção são mais baixos em países que possuem padrões ambientais mais frouxos. Isso faz com que os produtores destes países tenham vantagem competitiva em relação àqueles que atuam em países com controles mais rígidos, o que é, às vezes, chamado de efeito refúgio da poluição² (THOMAS E CALLAN, 2010). É o que torna a prática do *dumping* tão atraente.

4. OS RAMOS DO DIREITO E SEUS LIMITES, DESAFIOS E POSSIBILIDADES PARA REGULAMENTAR O DUMPING AMBIENTAL

4.1. O Direito Ambiental em face ao *dumping* ambiental

Desde os primórdios da humanidade, o homem como “homem-medida-máxima”, tinha a si como medida única de todas as coisas e, por isso, na criação de normas jurídicas desprezava regular sobre qualquer relação deste com a natureza, sendo esta tratada pelo direito sempre como submissa ao homem.

Dada essa noção, a natureza era tratada pela sociedade com descaso, sem a preocupação com sua preservação e com a renovação dos recursos disponíveis. Observada essa questão, à medida que a relação homem-natureza se altera e a exploração dos recursos naturais se intensifica, foi identificada crescente necessidade de criação de normas de proteção do meio ambiente.

O direito ambiental estuda as interações do homem com a natureza e os mecanismos legais para proteção do meio ambiente. Essa proteção, no entanto, se dá de forma a resguardar ainda os interesses econômicos que estão por trás destas relações do homem com o meio ambiente, sendo, portanto, o direito ambiental

2 “Mudanças nos modelos de comercialização causadas pelas diferenças de custos entre países combinadas com as variadas regulamentações ambientais” (THOMAS E CALLAN, 2010, p. 496).

considerado por diversos autores como uma categoria do direito econômico.

Derani (2008) diz que o direito ambiental visa regular relações sociais e como estas se dão no meio ambiente, e não prestar uma “assistência” à natureza. “O direito ambiental é um direito para o homem. É um direito que deve ver o homem em todas as dimensões de sua humanidade” (DERANI, 2008, p. 56). Dessa forma, as normas de direito ambiental têm como objetivo solucionar um conflito já existente na sociedade, visando preservar os recursos existentes como forma de manter o crescimento econômico. Afinal, conforme apontado por Thomas e Callan (2010), perseguir o crescimento econômico sem considerar as implicações ambientais é tão imprudente quanto a irracionalidade de se perseguir objetivos ambientais que ignoram consequências econômicas futuras.

Contudo, como pontuam Thomas e Callan (2010), na prática, a maioria dos padrões e regulamentações são orientados pelos benefícios ambientais sem concessões para equilibrar os custos associados. Isto se exemplifica pela Lei do Ar Limpo dos Estados Unidos, que, segundo os autores, é motivada unicamente pelos benefícios esperados de melhoria na saúde e no bem-estar e, portanto, acabam por desconsiderar a importância do progresso econômico dentro do contexto ambiental.

No que se refere a organizações internacionais que buscam disciplinar a relação entre economia e meio ambiente, destacam-se a Organização das Nações Unidas e a Organização Mundial do Comércio. Esta última, além de desempenhar papel de facilitadora do comércio entre países, tem, ainda, conforme estabelecido na Eco-92³, um papel a desempenhar nos assuntos ambientais, tendo afirmado que esta apresentaria uma contribuição importante na proteção do meio ambiente e para o alcance do desenvolvimento sustentável. A OMC afirma que “seu objetivo não é atuar como uma agência de proteção ambiental. Ao contrário, sua competência com relação ao meio ambiente está limitada aos assuntos comerciais e ao efeito da política ambiental nos fluxos comerciais”

3 A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Eco-92 foi uma conferência de chefes de estado organizada pelas Nações Unidas e realizada em 1992 na cidade do Rio de Janeiro, no Brasil. Seu objetivo foi debater os problemas ambientais mundiais.

(THOMAS E CALLAN, 2010, p. 499). No entanto, são as organizações internacionais, como a OMC e a ONU, que, através de direito e política internacionais, são capazes de estabelecer regras e limites ao comércio e à produção a fim de restringir cada vez mais as práticas abusivas ao meio ambiente, tendo o *dumping* ambiental como exemplo.

4.2. O papel do Direito Econômico

O direito econômico cuida das normas de intervenção do Estado no domínio econômico, estabelecendo políticas específicas, coibindo condutas e prevendo as formas de fiscalização, regulação e participação do Estado na atividade. O estudo desta área do direito envolve uma preocupação com o entendimento do que seja atividade econômica, que corresponde a todo ato de produção e consumo de bens e serviços.

O direito positivo econômico teve sua origem derivada dos acontecimentos da Revolução Francesa, devido aos princípios dominantes da liberdade de iniciativa econômica e da propriedade privada. Cristiane Derani (2008, p. 37), entende como direito econômico:

[...] a normatização da política econômica como meio de dirigir, implementar, organizar e coordenar práticas econômicas, tendo em vista uma finalidade ou várias e procurando compatibilizar fins conflituosos dentro de uma orientação macroeconômica⁴.

Este ramo do direito é entendido como garantidor da iniciativa econômica privada e implementador do bem-estar social. O direito econômico visa a manutenção das estruturas do sistema produtivo com que se relaciona e, para isso, trabalha necessariamente com institutos de implementação do desenvolvimento. Podemos concluir com isso que o direito econômico é o direito do desenvolvimento econômico⁵, sendo este último necessariamente pensado e

4 Macroeconomia é o ramo que estuda a economia em geral, analisando a determinação e o comportamento dos grandes agregados como renda e produtos, níveis de preços, emprego e desemprego, estoque de moeda, taxa de juros, balança de pagamentos e taxa de câmbio. (MATA, 2018)

5 “O desenvolvimento econômico é o processo de sistemática acumulação de capital e de incorporação do progresso técnico ao trabalho e ao capital que leva ao aumento sustentado da produtividade ou da renda por habitante e, em consequência, dos salários

praticado de forma conjunta à sociedade. A economia é vista, então, como uma prática política.

4.3. Como se relacionam os ramos do Direito

O direito econômico e o ambiental se relacionam no que se refere ao fato de ambos terem na política econômica uma fonte fundamental. A política econômica trabalha com a concorrência, com prestação de serviços do Estado e também com questões de caráter ambiental, como o aproveitamento de recursos naturais, as exigências de equipamento industrial para uma produção limpa, etc. Não se pode fazer política ambiental sem tomar como fundamento as questões econômicas, e uma política econômica não ignora a necessidade de uma política de proteção dos recursos naturais.

O fator que interliga ambos os ramos do direito é a exploração do meio ambiente visando as satisfações das necessidades humanas. Ou seja, a própria questão econômica. Portanto, o ponto de interseção entre direito ambiental e econômico é a própria economia ambiental.

A imanente necessidade de expansão produtiva da atividade econômica implica a subordinação de toda relação homem-natureza a uma única e suficiente ação apropriativa. (DERANI, 2008, p. 51).

Nesta abordagem, a natureza é vista apenas como recurso, elemento da produção. Para Derani (2008, p. 51) “a economia ambiental entende o papel da natureza como o de fornecedora de matéria prima ou como receptora de materiais danosos” e define, ainda que o conceito de meio ambiente deve ser entendido como o conjunto de condições de existência humana, não se reduzindo apenas a ar, água e terra. Essas condições de existência humana integram e influenciam o relacionamento entre os homens, sua saúde e seu desenvolvimento. “O conceito de meio ambiente deriva do movimento da natureza dentro da sociedade moderna: como recurso-elemento e como recurso-local” (DERANI, 2008, p. 52).

e dos padrões de bem-estar de uma determinada sociedade. Definido nestes termos, o desenvolvimento econômico é um fenômeno histórico que passa a ocorrer nos países ou Estados-nação que realizaram sua Revolução Capitalista já que só no capitalismo se pode falar em acumulação de capital, salários, e aumento sustentado da produtividade”. (BRESSER PEREIRA, 2008)

Com esta definição é possível notar a diferença entre a noção de natureza para a economia ambiental e para o direito ambiental, sendo que este último não a vê apenas como recurso, mas entende a fundamentalidade das relações homem-natureza e, por isso, pretende regulá-las, em busca de otimização de recursos e preservação do bem-estar da coletividade.

No que se refere à economia ambiental, segundo Carla Piffer (2008), a atividade econômica tem forte ligação com a exploração e utilização do meio ambiente, seja de forma direta ou indireta. Isso resultou em forte degradação ambiental que, por muito tempo, foi negligenciada, sendo:

[...] o tratamento econômico de recursos naturais e também do meio ambiente, não só pelo fato de que recursos naturais são efetivamente recursos econômicos, foi o único meio que se encontrou para legislar acerca do tema de maneira eficaz, reprimindo e punindo aqueles que destroem e degradam os recursos econômicos ambientais (PIFFER, 2008).

Luciano Costa Miguel (2012) entende a economia como dependente da ecologia e, por isso:

[...] a natureza não pode mais ser encarada como simples instrumento e como utilidade, e sim entendida economicamente com a mesma urgência que a economia deve ser compreendida ecologicamente, sob pena de nunca conseguirmos implantar uma política ambiental eficiente.

Ou seja, é preciso encarar as questões ecológicas com mais seriedade e entender que economia e ecologia possuem relação intrínseca, não sendo possível comprometer o meio ambiente em detrimento da política econômica e nem realizar política econômica sem se preocupar com causas sociais, uma vez que o recurso é escasso, o que nos leva à necessidade de escolher entre recursos limitados diante de necessidades ilimitadas, como defende Pereira e Marin (2016).

O direito econômico e o ambiental têm preocupações essenciais coincidentes: a busca da melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade dos processos produtivos. É por essa razão que ambos estão intimamente ligados e podem ser relacionados em diversos contextos com os quais nos deparamos na sociedade.

Se analisarmos o surgimento e a expansão do comércio internacional, vemos que este tema, tipicamente relacionado ao direito econômico, guarda, também, relação com o direito ambiental. O comércio, ao conseguir ultrapassar limites e fronteiras, passou a integrar o grupo de fatores de preocupação para quem pugna por um meio ambiente sadio, como afirma Derani (2008).

Como o comércio internacional, que passou por grande intensificação, tornou as economias dos países interdependentes umas das outras, fez-se necessária a regulação do comércio internacional, com o objetivo de administrar as trocas realizadas entre os países, sobretudo nas práticas que envolvam ou atinjam o meio ambiente. Devido à forte concorrência derivada da internacionalização do comércio, surgiram práticas comerciais abusivas, como consequência do desejo de conquista de mercado diverso e à falta de regras que regulamentassem propriamente estas transações. É neste contexto que o *Dumping* ambiental deve ser regulado, através de ação conjunta entre esses ramos do direito.

Conforme afirmam Thomas e Callan (2010), uma forma de combate aos danos ambientais defendida pelos economistas e adotada por alguns governos é a política ambiental baseada em incentivos de mercado, que utiliza o preço e outras variáveis econômicas para prover incentivos de modo que os poluidores reduzam emissões nocivas. Esta abordagem de mercado “tenta restaurar incentivos econômicos atribuindo um valor à qualidade ambiental, ou, de forma equivalente, estabelecendo um preço à poluição” (THOMAS E CALLAN, 2010, p. 113).

Um exemplo de abordagem de mercado para reduzir danos ambientais é por meio de subsídios ambientais, pagando aos poluidores para que não poluam. No entanto, existe ainda a alternativa de que se estabeleça um sistema de comércio de licenças de poluição⁶, utilizando créditos ou permissões. Os créditos seriam licenças negociáveis dadas ao poluidor se este emitisse poluentes abaixo de um padrão estabelecido. Já as permissões seriam autorizações concedidas ao poluidor que lhe dariam o direito de liberar determinada quantidade de poluentes (THOMAS E CALLAN,

6 “Um instrumento de mercado que estabelece um mercado para os direitos de poluir, emitindo créditos ou permissões negociáveis para a poluição” (THOMAS E CALLAN, 2010, p. 130).

2010). Esses são alguns exemplos de como o direito econômico, aliado à política econômica, pode agir, de forma endógena, para limitar e reduzir os danos causados ao meio ambiente.

Ainda em respeito à forma como se relacionam os ramos de direito econômico e ambiental, observa-se uma política adotada por empresas, a chamada Responsabilidade Social Corporativa (RSC). De acordo com a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial (UNIDO), RSC é um conceito de gestão que consiste na integração de preocupações sociais e ambientais nas operações de negócios das empresas e em suas interações com seus acionistas. Ou seja, é a maneira pela qual as empresas alcançam equilíbrio econômico, ambiental e social enquanto atendem as expectativas de acionistas e outras partes interessadas.

A UNIDO explica, ainda, que a RSC (Corporate Social Responsibility em inglês, CSR) seria uma tentativa de alinhar empresas privadas com o objetivo do desenvolvimento sustentável, dando a elas um maior número de metas viáveis do que apenas o lucro. A ideia trazida é de que para uma organização ser sustentável ela deve ser financeiramente segura, minimizar (ou, idealmente, eliminar) impactos negativos no meio ambiente e agir em conformidade com as expectativas sociais. Essa política, adotada por empresas é um exemplo de como a economia pode agir de forma a resguardar os interesses ambientais.

Todavia, estudos realizados pela ONU⁷ apontam que, embora tenham definido metas e políticas de Responsabilidade Social Corporativa, as empresas falharam em sua aplicação. Isso evidencia que iniciativas unicamente econômicas não se apresentam devidamente eficazes, devido à falta de cobrança efetiva. Afirmar a adoção da RSC pode ser lucrativo para uma empresa, ao passar uma imagem de que está comprometida com questões sociais e ambientais. No entanto, em muitos casos, as medidas não saem do papel.

Como explicado anteriormente, uma das práticas comerciais abusivas que surgiram é a conhecida como *dumping*, que consiste

7 Nações Unidas Brasil. Responsabilidade social: empresas falam muito e fazem pouco, revela pesquisa da ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/responsabilidade-social-empresas-falam-muito-e-fazem-pouco-revela-pesquisa-da-onu/>
Acesso em: 30.08.2020

na oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior ao do mercado com o intuito de competir com as empresas já instaladas no país importador. Esta prática foi regulamentada e proibida pela criação, por parte da OMC, do Código *Antidumping*.

No entanto, o *dumping* ambiental – uma das formas de *dumping*, e objeto deste estudo - permanece sem previsão expressa que o regule. Além disso, com relação às políticas comumente adotadas mencionadas acima, mesmo que estas fossem efetivamente cumpridas, nenhuma trata de questões ambientais como a prática do *dumping*, se comprometendo apenas com a redução da emissão de poluentes na atmosfera. Tudo isso permite que esta prática, extremamente nociva ao meio ambiente, continue sendo implementada. Todavia, as políticas anteriormente mencionadas, como a Responsabilidade Social Cooperativa, os acordos internacionais, as abordagens de mercado, as políticas econômicas, etc., embora não solucionem a questão do *dumping* ambiental, devem ser pontuadas como forma de preservação do meio ambiente neste contexto de comércio internacional.

4.4. A legislação como forma de combate à prática do *dumping* ambiental

Embora tenha legislado sobre a relação entre comércio e meio ambiente e a maioria das práticas de concorrência desleal, a OMC não consta, ainda, de previsão legal em seu âmbito quanto ao *dumping* ambiental. Daí a problemática acerca do assunto.

Houve crescimento constante da consciência ecológica por parte da sociedade, de forma que não é mais aceito aumento e crescimento econômico baseado na degradação ambiental, buscando a conquista de mercados. Apesar dessa evolução, falta ainda norma clara e eficiente visando a proteção ambiental e a regulamentação do comércio, utilizando como norte a noção de desenvolvimento sustentável.

As ideias propostas pela tese parecem trazer soluções para os problemas encontrados atualmente em relação à utilização desmedida dos recursos naturais. No entanto, autores como Abdelmalki, Souza e Armada entendem que esta tese apresenta grandes dificuldades para se concretizar, entre outros motivos, devido à falta de interesse dos países desenvolvidos, pois implicaria em

desenvolvimento dos países emergentes, o que não lhes seria interessante, uma vez que ocasionaria em diminuição da competitividade de seus produtos no mercado internacional. Para operar em consonância com legislação protetora do meio ambiente, as empresas teriam, ainda, um aumento no custo de produção devido às limitações tecnológicas. Este custo não seria, necessariamente, repassado no custo de venda do produto, tornando o processo menos rentável. Além disso, é importante salientar as dificuldades relativas às peculiaridades de cada país quanto a questões como absorção de poluição ou nível de desenvolvimento em que o país se encontra. Todos os limites referentes à implantação de medidas protetivas do meio ambiente apresentam-se, ainda, como limites impostos pela própria tese do desenvolvimento sustentável, como trazido por Sobrinho:

[...] o discurso ambiental baseado no desenvolvimento sustentável, é frágil por que não rompe com a idéia do seu substantivo. Ao mesmo tempo que a sociedade industrial necessita continuar dando forças aos países ricos, necessita alavancar ao panteon sagrado do capitalismo global, alguns países denominados emergentes (como é o caso do BRIC). Isso faz com que a lógica capitalista industrial não seja rompida, já que esses países, apesar de terem assinado e ratificado os protocolos de defesa ambientais, evidentemente não planejam suas ações de modo que haja concretamente a defesa do meio ambiente. (SOBRINHO, 2008, p. 135)

Visto que se trata de assunto que relaciona três importantes ramos do direito – ambiental, econômico e internacional – uma legislação simples não seria suficiente para regular a prática, sendo necessário um acordo entre países, por intermédio de órgão competente, sendo ele a OMC.

Thomas e Callan afirmam que:

O reconhecimento e a compreensão de questões relevantes são um primeiro passo importante, mas o verdadeiro desafio é estabelecer metas adequadas e consegui-las por meio de medidas responsáveis. O difícil na realização desse desafio é entender realmente a interdependência entre a atividade econômica e a natureza. O reconhecimento dessa conexão é pré-condição de desenvolvimento eficaz das políticas e de uma tomada de decisão bem informada, em que ambos são elementos essenciais na gestão ambiental global. (THOMAS E CALLAN, 2010)

A proibição do *dumping* ambiental apresenta desafios, posto que impõe possíveis limitações à atividade econômica. No entanto, em concordância com a tese do desenvolvimento sustentável, há a possibilidade de elaboração de legislação ambiental rígida, mesmo em países que não a apresentavam em seu ordenamento jurídico, de forma a permitir a exploração e a satisfação das necessidades humanas atuais, sem comprometer as necessidades das gerações futuras, como prevê a tese exposta no Relatório Brundtland.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *dumping* ambiental vem sendo praticado há anos, implicando em forte e crescente degradação ambiental, que é debatida nos âmbitos nacional e internacional. Surge a necessidade de preservação do meio ambiente, o que traz à tona a relação entre o direito ambiental e o direito econômico, visto que ambos têm como fonte a política econômica.

É imperioso a viabilização de um equilíbrio entre crescimento econômico e preservação ambiental, consolidando-se a tese da aplicação de medidas *antidumping* ambientais. Essas medidas seriam relacionadas à ideia de desenvolvimento sustentável, concebida há anos e ainda não implementadas de forma efetiva.

Com o crescimento constante da consciência ecológica, as pessoas passaram a cobrar empresas e Governos por medidas protetivas do meio ambiente, visando a conservação deste. No sistema capitalista em que estamos inseridos, políticas ambientais se apresentam como um desafio que precisa ser superado, sob o risco da degradação irreparável do meio ambiente.

Considerando o cenário atual e as contradições internas do sistema capitalista, pode-se acreditar que uma solução para os problemas ambientais se encontra em um futuro cada vez mais próximo, uma vez que a todo tempo são criados novos padrões de produção sustentável. O desejo de proteção ambiental vem sendo constantemente evocado, criando forte pressão política nesse sentido. Portanto, embora a degradação ambiental já tenha atingido níveis avançados, o cenário parece otimista quanto ao futuro da legislação e regulamentação de práticas abusivas e nocivas ao meio ambiente.

O combate efetivo ao *dumping* ambiental, associado ao desenvolvimento sustentável só será alcançado se houver uma cooperação entre indústrias, cidadãos privados e autoridades públicas em todos os níveis de governo e em todo o mundo. Contudo, para além do engajamento entre agentes, é imprescindível uma forma de regulação mais eficaz, que derivaria da criação de normas positivadas no ordenamento de cada país. Neste contexto, ainda que políticas econômicas e acordos internacionais apresentem-se como uma possibilidade para amenizar a degradação ambiental, o *dumping* ambiental só será de fato regulado uma vez que as normas proibitivas sejam positivadas.

REFERÊNCIAS

- ABDELMALKI L. et MUNDLER P., *Economie de l'environnement et du développement durable*, De Boeck, 2010
- AURÉLIO SOBRINHO, Carlos. **Desenvolvimento sustentável**: uma análise a partir do Relatório Brundtland. 2008. 197 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista, Faculdade de Filosofia e Ciências, 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/88813>>. Acesso em 25 jun. 2020
- BARBOSA, Gisele Silva. O desafio do desenvolvimento sustentável. **Revista Visões**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, ed. 4, 2008. Disponível em: http://www.fsma.edu.br/visoes/ed04/4ed_O_Desafio_Do_Desenvolvimento_Sustentavel_Gisele.pdf. Acesso em: 2 abr. 2020.
- BARRAL, Welber. **Dumping e comércio internacional**: a regulamentação após a rodada Uruguai. Rio de Janeiro: Forense, 2000
- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **O Conceito histórico do desenvolvimento econômico. EESP/ FGV**, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2008/08.18.ConceitoHist%C3%B3ricoDesenvolvimento.31.5.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2020.
- BRUNDTLAND, Gro Harlem — “**Our Common Future – The World Commission on Environment and Development**” – Oxford University, Oxford University Press, 1987.
- DA SILVA, Alice Rocha. *Dumping e Direito Internacional Econômico*. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, Brasília, v. 2, ed. 2, p. 390-417, 2005.

- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 290 p.
- FREITAS, Fabiana Paschoal de. Meio Ambiente. In: BARRAL, Welber (Org.). **Negociações Comerciais Multilaterais: a Trade Promotion Authority e os interesses brasileiros**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 223.
- MATA, Henrique Tomé da Costa. **Macroeconomia** - Salvador: UFBA, Faculdade de Ciências Contábeis; Superintendência de Educação a Distância, 2018.
- MESQUITA LOBO, Paulo Nicholas. O Meio Ambiente Dentro Do Comércio Internacional: Uma Análise Do Dumping Ambiental. **R. Fac. Dir.**, Fortaleza, v. 35, n. 1, p. 181-203, jan./jun. 2014
- MIGUEL, Luciano Costa. Desenvolvimento sustentável: uma visão conciliadora para a concretização de um direito fundamental e um princípio da ordem econômica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 2, ed. 2, p. 141-156, 2012. DOI 10.5102/rbpp.v2i2.2068. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2068>. Acesso em: 1 abr. 2020.
- NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Responsabilidade social: empresas falam muito e fazem pouco, revela pesquisa da ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/responsabilidade-social-empresas-falam-muito-e-fazem-pouco-revela-pesquisa-da-onu/> Acesso em: 30.08.2020
- OMC. Organização Mundial do Comércio – Disponível em: < http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm>. Acesso em: 01 de abril de 2020
- PEREIRA, Adriano José; MARIN, Solange. Lei da escassez e comportamento econômico: uma leitura institucional. **Revista Econômica**, [s. l], v. 18, ed. 2, 2016. DOI 10.22409/economica.18i2.p310. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/316155417_Lei_da_escassez_e_comportamento_economico_uma_leitura_institucional. Acesso em: 1 abr. 2020.
- PIFFER, Carla. Comércio internacional e meio ambiente: breve análise sobre o *dumping* ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.3, n.1, 1º quadrimestre de 2008. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 acesso em: 01 de abril 2020 às 08:03
- SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade: Evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. **Revista de Direito e Sustentabilidade**, Maranhão, v. 3, ed. 2, p. 17-35, 2017. Disponível em: ht-

[tps://www.researchgate.net/publication/323648351_DESENVOLVIMENTO_SUSTENTAVEL_E_SUSTENTABILIDADE_Evolucao_epistemologica_na_necessaria_diferenciacao_entre_os_conceitos](https://www.researchgate.net/publication/323648351_DESENVOLVIMENTO_SUSTENTAVEL_E_SUSTENTABILIDADE_Evolucao_epistemologica_na_necessaria_diferenciacao_entre_os_conceitos). Acesso em: 1 abr. 2020.

THOMAS, Janet M. Economia ambiental : fundamentos, políticas e aplicações / Janet M. Thomas, Scott J. Callan ; (tradução Antonio Claudio Lot, Marta Reyes Gil Passos). – São Paulo : Cengage Learning, 2010.

UNIDO. *What is CSR?* Disponível em: <https://www.unido.org/our-focus/advancing-economic-competitiveness/competitive-trade-capacities-and-corporate-responsibility/corporate-social-responsibility-market-integration/what-csr>Acesso em: 30.08.2020

Capítulo XII

A mercantilização dos direitos extrapatrimoniais em face de parâmetros decorrentes dos limites morais

Lis Gonçalves Reis

Graduanda em Direito, na Faculdade Baiana de Direito.

A mercantilização dos direitos extrapatrimoniais em face de parâmetros decorrentes dos limites morais

RESUMO: O presente artigo aborda a insuficiência da pecúnia como forma de recompensa ao dano moral causado à vítima, trazendo enfoque no sistema jurídico civil brasileiro. De tal forma, pretende-se relatar que tais danos provocam prejuízos para além do plano material, a exemplo o dano à consciência, justificando o fato de que a pecúnia, de maneira exclusiva, não recompensa o dano causado, gerando portanto, a mercantilização desses direitos. A proposta do estudo assenta em estabelecer novas maneiras de reparar os danos extrapatrimoniais, considerando o fato de que devem ser trazidos meios eficazes que somados com a indenização sejam capazes de promover a reparação integral ao dano causado.

Palavras-chave: Direitos extrapatrimoniais; insuficiência da pecúnia; mercantilização dos direitos extrapatrimoniais.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO 2. O TRATAMENTO JURÍDICO AOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS 3. A MERCANTILIZAÇÃO DOS DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS 4. A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO INTEGRAL AO DANO MORAL 5. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

TITLE: The merchantability of extra-patrimonial rights in the face of parameters arising from the moral limits

ABSTRACT: The present article addresses the insufficiency of pecunia as a way of rewarding the moral damage caused to the victim, bringing a focus on the Brazilian civil legal system. In such a way, it is intended to report that such damages cause damages beyond the material plane, for example the damage to the conscience, justifying the fact that the pecunia, in an exclusive way, does not reward the damage caused, generating, therefore, the commodification of these rights. The purpose of the study is to establish new ways of repairing off-balance-sheet damages, considering that effective means must be brought in which, together with compensation, are capable of promoting full reparation for the damage caused.

Keywords: Off-balance sheet rights; insufficiency of pecuniary; commodification of off-balance-sheet rights.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION 2. LEGAL TREATMENT OF OFF-BALANCE-SHEET DAMAGES 3. MERCHANTABILITY OF OFF-BALANCE-SHEET RIGHTS 4. THE POSSIBILITY OF FULL COMPENSATION FOR NON-MATERIAL DAMAGE 5. CONCLUSION REFERENCES

1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, o homem tinha como preocupação o conhecimento do seu mundo material, ou seja, das coisas tangíveis que faziam parte da sua realidade, esse é um dos principais motivos para justificar o excesso de cuidado social que sempre se deu as causas materiais e patrimoniais, se comparadas com as extra-

patrimoniais. Nesse mesmo sentido, pode-se relatar o tratamento jurídico brasileiro concedido aos danos causados às pessoas, visto que, muito se demorou para que se pensasse e se considerasse válido o ressarcimento ao dano moral, se comparado ao tratamento concedido ao dano material, devido aos resquícios patrimonialistas que tomavam e ainda tomam conta do pensamento da sociedade.

No Brasil, mesmo com o Código Civil em 1916, só foi com a Constituição Federal de 1988, à luz do seu princípio norteador, o princípio da dignidade humana, que surgiu o tratamento jurídico para o dano moral, valorizando o ser humano e as suas atribuições. Foi com o Código Civil de 2002, respeitando as normas constitucionais vigentes, que se deu real proteção ao direito extrapatrimonial, permitindo a sua reparabilidade caso algum dano lhe fosse causado (BRASIL, 2002).

Com esse novo tratamento, acredita-se que surgiu uma grande problemática, a mercantilização desse direito, se é que também não podemos falar em patrimonialização do direito extrapatrimonial, visto que o objeto integrante desse leque são bens infungíveis, intangíveis, que ao serem violados trazem consigo inúmeros problemas como, o dano psicossomático, o dano biológico e até mesmo o dano à saúde. Ao falar em reparação, tem-se a ideia, oriunda da nossa normatividade vigente, de que ela deve ocorrer de maneira integral, podendo assim afirmar a incoerência existente no modelo de tratamento adotado para com o direito moral sob essa perspectiva, já que com ele se pretende reparar o imaterial com pecúnia, promovendo uma compensação à metade, que origina, consequentemente, a responsabilização da própria vítima por todo resto de seqüela ocasionado pela lesão que lhe foi causada.

Neste artigo, pretende-se defender que os valores extrapatrimoniais são superiores aos materiais, causando inversão à lógica de reparação do dano moral por meio da indenização, visto que esse tipo de dano é um sentir, enquanto o existencial é um fazer, devendo assim haver formas de solução combinadas com o modelo indenizatório de reparação.

Pretende-se aqui demonstrar que a insuficiência do meio de ressarcimento utilizado pois a sociedade caminha a longos e céleres passos, sendo necessário uma maneira mais eficiente de compensação para o dano à pessoa humana. Ao falar no novo rit-

mo do caminho traçado pelo povo brasileiro, entende-se que ao longo do tempo estão surgindo outras possibilidades de danos em desfavor ao humano, e o direito não está conseguindo acompanhar e suprir essa tutela com êxito e efetividade.

Serão analisados no presente artigo, a superficialidade do tratamento jurídico brasileiro concedido à reparação de dano moral, trazendo enfoque ao objetivo de indenizar, aos efeitos colaterais causados ao autor e aos efeitos provocados à vítima, identificando e comprovando a insuficiência da reparação ao dano moral exclusivamente por pecúnia, que origina a mercantilização desses direitos, devendo portanto evidenciar a maneira que as autoridades investidas do poder de decidir do Estado podem agir para reparar de maneira justa, correta e completa, a seqüela causada pelo ilícito civil que é enfoque no presente artigo.

2. O TRATAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO AOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Inicialmente, é imprescindível destacar a diferenciação existente entre as duas principais tipificações do direito, que se resume na dicotomia: direito patrimonial x direito extrapatrimonial.

Por direito patrimonial, também chamado de direito material, entende-se a defesa de um bem que faz parte do patrimônio da pessoa, diz respeito a uma riqueza apreciável que pode ser objeto de comércio, seja através de alienação, seja através de apropriação. Por direito extrapatrimonial, também chamado de direito moral, entende-se o contrário do acima suscitado, é uma tipificação que diz respeito a um objeto jurídico que não pode ser comprado ou substituído, trata-se portanto de um bem infungível, é considerado o valor fundamental da personalidade e simultaneamente o valor defendido pela sociedade a qual o sujeito pertence.

Partindo desses conceitos, podemos frisar que existem danos a esses direitos, tais danos configuram prejuízo à pessoa possuidora do bem jurídico protegido, assim, segundo o relator Min. Amaral Santos (BRASIL, 1969), será patrimonial o dano cujo efeito repercute no patrimônio da vítima, a exemplo, uma notícia alarmante como a de divulgar que há uma bomba em um cinema, o que afasta a sua freguesia, acarreta um dano ao patrimônio, o que

difere de um dano extrapatrimonial. Ao contrário disso, o dano moral segundo Carlos Roberto Gonçalves (2009) é o que atinge o ofendido como pessoa, não atingindo o seu patrimônio, é uma lesão a um bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Feita a diferenciação, é imprescindível citar que a relação existente entre dano e responsabilidade civil, pois esta última é a consequência da primeira, visto que se imputa ao réu uma punição devido ao ato lesivo praticado contra a vítima. Segundo Ricoeur (1995), imputar uma ação a alguém é atribuir ao mesmo a verdadeira autoria, lançando, por assim dizer, à sua conta e tornando-o responsável por ela, ou seja, pretende-se com a responsabilização civil culpabilizar o réu e fazê-lo recompor a coisa atingida numa lógica reparatória, lógica essa que move o ordenamento jurídico civil brasileiro, se resumindo no fato de, ao surgir o ilícito nasce o direito de reparação como forma de ressarcir o dano causado.

Toda essa lógica de reparo encontra respaldo e base nos princípios que regem a justiça brasileira, que possuem destaque e servem como diretrizes dos principais institutos jurídicos do país. Inicialmente, pode-se falar que a lógica desse ressarcimento possui apoio no princípio da dignidade da pessoa humana, art. 1º inciso III da Constituição Federal de 1988, pois tal norma defende a autonomia privada pessoal, e ao mesmo tempo, a proteção dela quando atingida ou fragilizada, promovendo então uma determinada segurança jurídica quando se tem um direito lesionado. Possui também apoio no princípio da solidariedade, art. 3º inciso I da Constituição Federal de 1988, já que se pretende através da cooperação exigir uma responsabilização para o ofensor da tutela. E também no princípio da reparação integral, art. 944 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), visto que havendo um dano ele deve ser reparado integralmente, como forma de preencher a totalidade das consequências problemáticas causadas.

É frisando no último princípio citado que acreditamos ter a problemática mãe do presente artigo, afinal, se a reparação deve ser integral, como devemos confiar no modelo reparatório aplicado pela maioria dos juristas brasileiros, que visa suprir objeto imaterial lesado exclusivamente com pecúnia? É nítido que há um ilícito

contra a norma principiológica posta como base para as relações jurídicas civis.

É fundamental saber o tratamento concedido à responsabilidade civil para os casos dos danos morais desde o início dos ordenamentos jurídicos, sendo válido trazer panorama histórico dessa realidade. Pode-se citar como indício da responsabilização e do reparo, primeiramente alguns ordenamentos jurídicos mais primitivos, o Código de Hamurabi (1792-1750 a. C.) que tinha como ideia principal a Lei de Talião, resumida no princípio de “olho por olho e dente por dente”, ou seja, para esse instituto normativo o dano causado à vítima deveria ser reparado de maneira igual, procurava-se uma reparação para além da proporcionalidade, procurava-se uma reparação com total equivalência. É óbvio que, tal tutela repressiva, se analisada de acordo com o ordenamento atual, traz total irregularidade e ilicitude, visto que viola diretamente os princípios fundamentais existentes na nossa Constituição Federal e até mesmo na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Outro ordenamento surgido a posteriori, o Código de Manu, ordenamento do povo indiano que estabelecia o sistema de castas, trazia uma incrível diferença do de Hamurabi, a lesão deixa de ser reparada por outra de igual potencial e passa a ser permitida reparação através da pecúnia. Por conseguinte, pode-se citar o conjunto de normas que deu início a era da codificação mundial, o Código de Napoleão Bonaparte, uma das grandes provas do quão impregnado foi e é o patrimonialismo, trazia em suas normas a proteção ao patrimônio de maneira extensa e minuciosa, suscitando a responsabilidade civil através do direito à reparação em casos que se tivesse culpa, ou seja, era necessário uma análise subjetiva da responsabilidade. O código napoleônico se embasou no princípio aquiliano “*in lege aquilia et levissima culpa venit*”, que significa dizer a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.

Partindo para a história brasileira, segundo André Barreto Lima (2018) mesmo com o Código Civil de 1916, instrumento de grande perfeição técnica, o qual concedeu o primeiro passo para a garantia dos direitos privados, o direito extrapatrimonial e o seu dano não foram considerados, visto que ainda não se buscava a visualização de direitos voltados para a dignidade humana. Isso não significa que tal faculdade não era tema do pensamento jurídico

mundial, segundo Pontes de Miranda (1974) na Alemanha sempre esteve em discussão a doutrina do dano moral, do elemento não-patrimonial no direito, para esse povo o interesse econômico não era o único interesse.

Porém, foi com a Constituição Federal de 1988 que emergiu o reconhecimento do dano moral e de seu caráter reparatório, justamente por seu viés valorativo no que tange à dignidade, através do art. 5º, conforme os incisos V e X:

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: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] 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. (BRASIL, 1988, n.p.).

Vale mensurar que esse tratamento “justo” para com a moralidade foi bastante tardio, contudo, antes da Constituição de 1988, algumas decisões permitiam a sua reparação, a exemplo de um recurso extraordinário, julgado no Supremo entre 1979 e 1980, que teve como relator o Ministro Aliomar Baleeiro. No caso, deu-se provimento e foi reconhecido o dano moral como reparável em uma ação proposta pelos pais devido ao falecimento de duas crianças, seus respectivos filhos, em um acidente de ônibus, a contrariedade da questão se mantém no fato de que a fundamentação da decisão se embasou num dado material, os custos dos pais pelos filhos até o dia da morte, devido ao fato de que os ideais e normas da época não consideravam válidos ressarcir única e exclusivamente um dano moral, devendo ele ser acompanhado por um dano material para que houvesse a possibilidade da reparação. Para findar o panorama, atualmente, o dano moral no Código Civil vigente traz nos seus artigos, citados abaixo, o reconhecimento expresso da reparabilidade ao dano extrapatrimonial, admitindo sua reparação mesmo que exclusiva.

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

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

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002, n.p.).

Sinteticamente, ao interpretar os respectivos artigos, percebe-se que para a configuração da responsabilidade civil é necessário haver: ações ou omissões delituosas; o objeto central que cause prejuízo a outrem, que é o dano; e por fim, o nexos causal entre a conduta praticada e o dano sofrido pela vítima. Ao observar todo esse tratamento, é perfeitamente nítido visualizar a sua evolução nos ordenamentos jurídicos, contudo, a nível de Brasil, percebe-se que houve estudos e considerações tardias que ocasionaram em postulações incrivelmente precipitadas e rasas sobre o tratamento para com o direito extrapatrimonial.

3. A MERCANTILIZAÇÃO DOS DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS

Imagine que você esteja sentindo uma dor extremamente forte, desse modo, busca atendimentos médicos e lhe é receitado dose de medicamento inferior ao resultado que se espera, assim, sua dor persiste e conseqüentemente a sua insatisfação é aumentada já que não se obteve a solução esperada.

É embasado no termo «remédio», utilizado por Schreiber (2007, p. 196), que discutiremos a problemática cerne desse presente artigo. Convido-lhes a pensar que a indenização surge como remédio para a dor da vítima do dano moral, e conseqüentemente, lhe respondo de maneira precipitada que, de modo exclusivo, a pecúnia é ineficaz para curar as feridas ocasionadas por um dano que atinge para além do patrimônio da parte, por assim dizer, a extrapatrimonialidade.

Desse modo, conforme já postulado nos capítulos anteriores, consegue-se enxergar que é impossível promover reparação integral com exclusiva pecúnia para algo que o dinheiro não compra, assim, acredita-se que estamos mercantilizando esses direitos, por força do hábito, seguimos as decisões jurídicas, aceitando tais medidas e permitindo que se quantifique o inquantificável, esquecendo que, no dano moral não há destruição de bem tangível, ele afeta a reputação, o conceito profissional e pessoal do humano no seu meio social, em regra, esse tipo de dano não é indenizável, mas compensável, visto o fato de que é impossível eliminar o efeito do sofrimento da pessoa por meio de pagamento em dinheiro

O grande comodismo da sociedade tem dado brecha para essa aplicação mercantilizada desenfreada dos juristas, estimulando soluções iguais para casos especialíssimos, que por mais que se pareçam, não merecem tratamentos igualitários, devendo ser excluídos qualquer tipo de método analógico para suprir as falhas do sistema jurídico, devendo ser exigido maior empenho das autoridades investidas do poder de decidir do Estado.

É sobre a existência desses casos extremamente parecidos e que são possíveis alternativas distintas que Carlos Ari Sunfeld (2014) postula a queda no simplismo decisório dos juristas, para ele, a autoridade acaba por optar por uma decisão superficial que não é nem efetiva e nem adequada, decaindo assim na “preguiça” do exercício da competência decisória. Por preguiça, entende-se uma linguagem provocativa que não significa, por mais que pareça, a ausência de dedicação do agente, mas uma espécie de ceticismo quanto à viabilidade de aprofundamento ao decidir.

Desse modo, analisando grande parte das decisões tomadas nos casos em que violado o direito moral, percebe-se que a concessão de indenização é desenfreada, fazendo-nos acreditar que usar desse meio como único é autorizar o dano moral para toda e qualquer pessoa que tenha condição financeira de arcar com o preço correspondente pela lesão a ser causada.

Justifica-se isso com dois grandes exemplos, primeiramente com o caso do recall da Ford Pinto (SAPIENZA, 2019), carro da empresa Ford que entrou no mercado em 1971, o carro foi um verdadeiro sucesso, chegando a vender cerca 328.275 carros em seu primeiro ano de venda, contudo possuía uma falha fatal, sabendo

a empresa de tudo durante todo o tempo. O fato era que, havendo colisão traseira, o gargalo de abastecimento de combustível poderia separar e perfurar o tanque de combustível, causando grande incêndio e conseqüentemente, mortes, porém, o valor do recall para todos os carros vendidos ficaria extremamente superior se comparado ao valor a ser pago por indenizações caso acidentes e tragédias ocorressem, assim, preferiu-se enfrentar a reparação a ser paga pelos danos, sendo todo o segredo descoberto em uma exposição em Mother Jones, impactando mais toda a situação, em 1973, vazou para a sociedade informação de que foram além de querer arcar com as despesas dos danos, a Ford chegou a contabilizar quantas mortes por ano esperar do defeito.

A conclusão foi de que, até 900 pessoas morreram como resultado da falha fatal do carro, o que comprova que até mesmo as empresas se permitem cometer ilícitos gravíssimos pressupondo que lhe é permitido, devido o fato de poder ser pago o que for determinado judicialmente após dano causado. Decisões desse tipo zombam totalmente com o poder judiciário e conseqüentemente, com o legislativo, que detém o poder de produzir as leis, que devem, ao menos em tese, proteger a coletividade.

O segundo exemplo, apresentado na Tabela 1, publicada no site do Supremo Tribunal de Justiça, em 2009, com o intuito de buscar parâmetros para uniformizar valores de danos morais:

Tabela 1 - Parâmetros para uniformizar valores dos danos morais

Evento	2º grau	STJ	Processo
Recusa em cobrir tratamento médico-hospitalar (sem dano à saúde)	R\$ 5 mil	R\$ 20 mil	Resp 986947
Recusa em fornecer medicamento (sem dano à saúde)	R\$ 100 mil	10 SM	Resp 801181
Cancelamento injustificado de voo	100 SM	R\$ 8 mil	Resp 740968
Compra de veículo com defeito de fabricação; problema resolvido dentro da garantia	R\$ 15 mil	não há dano	Resp 750735

Evento	2º grau	STJ	Processo
Inscrição indevida em cadastro de inadimplente	500 SM	R\$ 10 mil	Resp 1105974
Revista íntima abusiva	não há dano	50 SM	Resp 856360
Omissão da esposa ao marido sobre a verdadeira paternidade biológica das filhas	R\$ 200 mil	mantida	Resp 742137
Morte após cirurgia de amígdalas	R\$ 400 mil	R\$ 200 mil	Resp 1074251
Paciente em estado vegetativo por erro médico	R\$ 360 mil	mantida	Resp 853854
Estupro em prédio público	R\$ 52 mil	mantida	Resp 1060856
Publicação de notícia inverídica	R\$ 90 mil	R\$ 22.500	Resp 401358
Preso erroneamente	não há dano	R\$ 100 mil	Resp 872630

Fonte: Schreiber (2011, p. 333).

Com esse dado, ainda mais publicado, o STJ consegue, de maneira explícita, permitir o cometimento de danos extrapatrimoniais, fundado no pressuposto de que os direitos lesados podem ser ressarcidos com a pecúnia, contribuindo para a compra do ser humano e de suas atribuições. É extremamente triste levar em conta que a tabela acima demonstrada, não foge dos parâmetros estabelecidos nas decisões tomadas pelas autoridades, o que promove a possibilidade da ocorrência de fato igual ou semelhante com o recall da Ford Pinto.

Diante dessa deplorável realidade, é imprescindível lembrar que ao falar de dano moral tem-se o alcance de um objeto em comum, a consciência humana, principal motivo que fundamenta a necessidade de formas alternativas de reparação. Se o homem atualmente é sujeito de direito moral, isso se deve diretamente ao fato dele possuir consciência. Segundo Marcius de Oliveira (2003), consciência é algo processado no córtex sensorial do cérebro do homem, logo, ele é o único ser vivo capaz de afirmar que é consciente, sendo por isso detentor de direitos extrapatri-

moniais. Para além disso acresce que a consciência é, de todos os direitos da personalidade, o mais importante, chegando a se confundir com a própria personalidade humana, sendo todos os demais direitos são dela decorrentes, como o direito à vida, à saúde, à intimidade e ao próprio corpo. Assim, pelo fato da consciência, em seu trabalho positivo ou negativa, interferir no corpo humano, reparar o dano moral significa reparar a consciência. Conforme Anderson Schreiber (2007, p. 129) afirma:

O reconhecimento da ressarcibilidade do dano não patrimonial veio permeado de referências à tradição de *pretium doloris* ou *pecunia doloris*, isto é, o preço da dor e do sofrimento, cuja reparação em dinheiro, na abordagem histórica, repugnava à moral. Assume-se, quase distraidamente, que certa imoralidade existe na reparação.

Com essa afirmação pretende-se comprovar a mercantilização dos direitos extrapatrimoniais, criticando e julgando a maneira contemporânea de ressarcir tais danos. Se observado o contexto histórico do surgimento do novo tratamento ao dano moral, conseguimos perceber que, ao que indica, foi utilizado analogicamente o tratamento jurídico dado ao dano patrimonial, ao extrapatrimonial, visto que as necessidades e as novas danificações foram surgindo, de maneira que careceram soluções para o fundamento do mundo jurídico, o ser humano. Consequentemente, observa-se que o posicionamento jurídico tomado pelas autoridades investidas de poder de decisão, quando lidam com lides relacionadas aos danos morais é único, buscar reparar com pecúnia os danos à direitos infungíveis que como o nome diz, não são substituíveis e por conseguinte não serão reparados com dinheiro.

Ao admitir uma solução que não repara o dano, não há promoção da justiça, visto que seu significado, segundo o Dicionário Michaelis (JUSTIÇA, [20-?]), é a conformidade dos fatos com o direito, sendo a faculdade de julgar segundo o que é justo e certo. Seguindo tal conceito, não há como falar em justiça enquanto temos a continuação, prevalência e destaque de danos psíquicos, quando também físicos, mesmo após o pagamento das indenizações propostas pela jurisdição, não havendo portanto solução para a problemática e, em suma, o não cumprimento do papel do direito, já que seu objetivo se resume na promoção do equilíbrio

social, que aqui é frustrado. Venosa (2010) ainda nos prova a incoerência da justiça ao dizer que os princípios da responsabilidade civil buscam restaurar a violação do equilíbrio patrimonial e moral, visando que o prejuízo não reparado é um fator de inquietude social, assim, para ele os ordenamentos contemporâneos buscam alargar o dever de indenizar, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos.

Tal ideia só consegue comprovar que além dos princípios da responsabilidade civil estarem sendo infringidos, o direito está aplicando largamente e de maneira desvairada as indenizações como forma de reparar todo e qualquer dano sofrido pelo ser humano. A exemplo, pensem em um pai que vai com o seu filho a um supermercado, e lá, a criança escorrega sob uma poça de óleo derramado acidentalmente, o que lhe custa a perna esquerda, como parte integrante da esfera social e analisando sob uma perspectiva jurídica e de reparabilidade, você consegue realmente acreditar que R\$ 5.000,00 consegue reparar o dano de uma criança que fica impossibilitada de realizar as atividades habituais comumente para o resto da vida?

O que se pretende pôr em mesa vai para além de substituição patrimonial, pretende-se tratar aqui de danos que atingem o consciente e o inconsciente para o resto da vida, tendo como principal objetivo mostrar a insuficiência da indenização aplicada de maneira exclusiva e comprovar que existem outros métodos que se combinados com ela, conseguem reparar o dano de maneira integral, como preconiza o nosso princípio jurídico.

É através disso que podemos suscitar o termo neomedievalização, visto que estamos vivendo uma época de decadência de valores, o que Umberto Eco (1984) convencionou chamar de nova idade média, que significa dizer que há várias coincidências entre o período medieval e o momento atual, uma delas é essa precificação do ser humano, de seus direitos, como a integridade física, a imagem, ao corpo, rompendo totalmente com o princípio basilar do nosso documento constitucional, a dignidade.

Por fim, sintetizamos o capítulo com as falas de Schreiber (2011) suscitando que a reparação de danos morais exclusivamente com a entrega de dinheiro, além da evidente insuficiência do remédio, causa diversos efeitos trágicos, como a propagação da

lógica de que os danos morais podem ser causados desde que seja possível pagar por eles; o estímulo ao “tabelamento” judicial das indenizações; a crescente “precificação” dos atributos humanos; o incentivo a demanda frívolas, propostas de modo aventureiro, por pessoas que pretendem se valer de cada inconveniente ou aborrecimento social para conseguir uma indenização, o que convém chamar da indústria do dano moral.

4. A POSSIBILIDADE DA REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO MORAL

Até aqui, vimos que ao tratarmos de dano moral a simples indenização como consequência da responsabilidade é um meio insuficiente para o ressarcimento do bem que foi extraído da vítima, e é justamente com base nisso que acredita-se existir tamanha relevância para a ciência jurídica, pois há uma mercantilização do direito, ou seja, há uma precificação dos valores positivados, não havendo de determinada maneira uma sanção aplicada comumente capaz de suprir o dano causado, havendo portanto um reparo à metade.

Desse modo, havendo um ressarcimento parcial, o prejuízo não se torna indene, a situação anterior que feriu direitos de outrem não consegue ser reconstruída, constituindo portanto um defeito no direito e na reparabilidade, sendo assim fundamental um estudo do direito para identificar formas outras que completem as lacunas deixadas pela precificação do direito moral, promovendo então uma reforma nesse sentido.

Schreiber (2011) traz como exemplos de meios a serem aplicados em paralelo à indenização pecuniária, a retratação pública, a retratação privada e veiculação de notícia da decisão judicial, para ele, esses meios se somam a indenização em dinheiro no sentido de reparar tanto quanto possível o dano moral sofrido pela parte.

Tem-se como exemplo de retratação um caso que ocorreu em 2016 (GONÇALVES, 2017), em que a Fundação Luterana de Diaconia foi atacada nas redes sociais, com acusações de fraude, corrupção, desvio de recursos e financiamento de partido político, com discurso de ódio. As calúnias ultrapassaram os limites da democracia e do princípio da liberdade de expressão, o que ocasionou

nou a interpelação judicial e ação de indenização por danos extrapatrimoniais, o resultado que se obteve foi uma retratação pública com indenização, disponível no site da própria fundação, a seguir:

Eu, Marcelo Siqueira Gonçalves, brasileiro, casado, empresário, inscrito no CPF/MF sob o nº 634.908.979-00, residente e domiciliado na Rua Badia Badui Gibran, nº 766/fundos, bairro Bom Jesus, em Rio Negro (PR), pela presente RETRATAÇÃO PÚBLICA, decorrente de acordo homologado pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de Rio Negro (PR), Dr. Rodrigo de Lima Mossimann, nos autos do processo nº 0000909-78.2017.8.16.046, movido contra mim, pela Fundação Luterana de Diaconia - FLD, entidade sem fins lucrativos, que tem por finalidade a promoção do desenvolvimento social e o combate à pobreza, através do apoio e acompanhamento a projetos de grupos organizados da sociedade civil que promovam a qualidade de vida, cidadania e justiça social, venho, com respeito e acatamento, expressar o quanto segue:

(1) No segundo semestre de 2016, tomei parte em ofensa à honra e à imagem da Fundação Luterana de Diaconia - FLD, acusando-a de corrupção, de desvio de recursos e de realizar financiamento a partido político, e criticando a sua política de justiça de gênero, sua participação em espaços ecumênicos e de diálogo inter-religioso e seus posicionamentos em defesa da democracia e dos direitos humanos. As calúnias e as difamações foram por mim veiculadas nas redes sociais, causando prejuízo e desgaste à imagem institucional da FLD;

(2) Reconheço, hoje, o meu erro, por ter extrapolado o limite da crítica necessária e própria ao ambiente democrático, fomentando, involuntariamente, a cultura do ódio e incidindo em conduta reprovável e criminosa, motivo pelo qual me retrato perante o poder judiciário e, especialmente, à FLD;

(3) Indenizo, pois, os danos sofridos pela FLD, pela celebração de acordo judicial.

(4) Comprometo-me, assim, com a ampla divulgação desta RETRATAÇÃO PÚBLICA.

Atenciosamente, Marcelo Siqueira Gonçalves. (GONÇALVES, 2017, n.p.).

No que tange a retratação privada, pode-se suscitar como exemplo uma carta de pedido de desculpas ao consumidor após ter lhe sido enviada carta de cobrança indevida. Em relação a veiculação de notícia de decisão judicial, toma-se como exemplo o pro-

duto das demasiadas *fake news* muito divulgadas atualmente, após divulgadas e causada a ofensa a parte contrária, muitas são as ações ajuizadas que tem por resultado a obrigação da parte ofensora de emitir como notícia, no mesmo local onde a *fake news* foi divulgada, a decisão judicial e a versão correta ou inexistência do fato.

Nesse mesmo sentido, Medeiros Neto (2012) elenca algumas outras possibilidades de solução para o caso em questão, como a veiculação de campanhas educativas relacionadas aos direitos violados; a execução de atividades, obras ou projetos de cunho social ou comunitário; a aquisição de bens e serviços em favor de entidades vinculadas a atividades sociais e de interesse público; a construção de equipamentos coletivos; a realização de cursos de capacitação ou de natureza instrutiva; e a prestação de serviços para a comunidade.

Cabe também, segundo André Barreto (2018) como meio para solucionar a problemática a conciliação, mediação e arbitragem, formas de solução de conflito, de maneira mais pacífica e ágil. Tais formas possibilitam a parte uma maior integração nas decisões, já que exige menor formalidade e maior diálogo entre os envolvidos, sendo mais fácil e completa a satisfação da vítima.

Observando as informações acima trazidas, pode-se perceber que é trazido meios específicos como forma de solucionar danos específicos, de maneira que, satisfaça a parte lesionada do caso prático. Muitos são os doutrinadores, a exemplo de Luiz Guilherme Marinori e Sérgio Cruz Arenhart (2007), que permitem a flexibilização do princípio da congruência, que limita o juiz a decidir nos limites do que foi objetivado na lide, caso sua solução esteja voltada à efetiva tutela do direito material. Para além disso, Marinori e Arenhart (2007), consideram que no caso do dano moral, o ressarcimento na forma específica é o único remédio que permite que o dano não seja monetizado e que o direito, assim, encontre uma forma efetiva de reparação, isto é, para que a tutela jurisdicional seja efetiva deve ser prestada na forma específica porque o direito da vítima à obtenção de solução específica sempre prevalece sobre a eventualidade da conversão do direito em um equivalente. Ou seja, nada adianta conceder medicamento que cure dor diversa da sua necessidade, de modo que a mesma não será assim sarada,

para a promoção da cura é necessário o uso de medicamento específico e compatível.

Cabe também ao magistrado (PINHO, 2008) se valer da sua sensibilidade, bom senso e critério de aferição no plano dos valores para dimensionar a extensão da dor sofrida pela vítima, visto que são conferidos amplos poderes aos juízes para definir a forma e a extensão da reparação, possibilitando maior compensação e satisfação ao ofendido, podendo o juiz (PINHO, 2008) fazer incidir na condenação sobre o patrimônio do lesante, sua pessoa, ou ambos.

Através dos exemplos aqui demonstrados, comprova-se que é totalmente possível a reparação integral do dano moral se combinados os meios alternativos suscitados com a indenização. Por mais que lentos, acredita-se que já tem-se bons passos caminhados pela doutrina em relação ao assunto, que poderão se alargar com o passar do tempo, se houver maior empenho das nossas instâncias responsáveis em solucionar as problemáticas sofridas pela coletividade, excluindo todo e qualquer resquício trazido pela nossa história patrimonialista.

5. CONCLUSÃO

Numa perspectiva social, não havendo reparo total, há injustiça, sendo visível para a sociedade um defeito no ordenamento jurídico vigente em seu meio. Dessa maneira, entende-se que o direito tem falhado na sua principal atividade, a de resgatar o equilíbrio que deve ser promovido pelo mesmo, fazendo com que a sociedade permaneça em colapso e repleta de sequelas que refletem no futuro, devido a insuficiente maneira que o dano moral tenta ser reparado. Assim, como o direito surge através da necessidade da sociedade de possuir uma organização para a vida coletiva, e como tal ramo tem como função a viabilização de paz individual e social, ele deve alcançar o fim para o qual foi criado, se ele não cumpre o seu objetivo não há como disciplinar as relações jurídicas.

Portanto exige-se que a sociedade estude, busque, se revolucione e convença através dos meios que lhes são dados para ter voz perante seus representantes, para alcançar solução para a falha cometida pelo direito, visto que essa brecha prejudica diretamente o equilíbrio social e conseqüentemente as pessoas que vivem no meio onde o ordenamento incompleto é vigente.

É analisando tudo que foi posto e diante do conhecimento de que há meios alternativos a serem combinados com a indenização para promover a reparação integral do dano que acreditamos na essencialidade para a solução no papel do legislador e do magistrado investido do poder de decisão, devendo esses examinar as angústias sofridas pela coletividade e o descrédito que passa a ter tais poderes com a ineficácia das decisões promovidas.

Transformar direito em pecúnia, deve ser uma exceção caso não seja possível tratar a anomia com remédio específico, por anomia entende-se disfunção idealizada por Émile Durkheim em qualquer órgão da sociedade, caso contrário, não havendo nenhuma variante e utilizando de medicamento diverso teremos sentenças sem nenhum valor social, o que desvia todo e qualquer propósito existente no judiciário. Assim, considera-se que já se consagra encerrada a era da taxatividade dos medicamentos, devendo partir, ao estudar as consequências trágicas dessa época, para o incentivo a uma melhor atividade dos poderes, que por direito, estão a favor do nosso meio social.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- BRASIL. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 63.493/SP de 09 de maio de 1969. Relator: Min. Amaral Santos. Brasília: DJ, 1969.
- ECO, Umberto. A nova Idade Média. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1984.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Marcelo Siqueira. Retratação pública. Fundação Luterana de Diaconia, Porto Alegre, 6 de junho de 2017. Disponível em: <<https://fld.com.br/todas/2017/retratacao-publica/>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

JUSTIÇA. In: DICIONÁRIO Michaelis. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda, [20-?]. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?pid=ZNq0j>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

LIMA, André Barreto. Dano Moral. Salvador: Editoria 2 de Julho, 2018.

MARINORI, L. G.; ARENHART, S. C. Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Dano Moral Coletivo. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1974.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. Dano Moral: Proteção Jurídica da Consciência. São Paulo: Editora de Direito, 2003.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Das três formas clássicas de reparação do dano moral trabalhista. [S.l.]: [s.n.], 2008.

RICOEUR, Paul. Le juste. 1. ed. Paris: Esprit, 1995.

SAPIENZA, James Derek. 11 of History's Most Infamous Automotive Scandals. MotorBiscuit, [s.l.], 08 out. 2019. Disponível em: <https://www.motorbiscuit.com/autos/11-of-historys-most-infamous-automotive-scandals/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. Rio de Janeiro; São Paulo, Editora Atlas, 2007.

SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: FACHIN, L. E.; TEPEDINO, G. (Orgs.). Pensamento Crítico do Direito Brasileiro. Curitiba: Juriá, 2011. p. 331.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil – Obrigações e Responsabilidade Civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Capítulo XIII

A natureza jurídica da obrigação contratual decorrente da responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas

Maria Eduarda Pagliarini Ribeiro

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito

A natureza jurídica da obrigação contratual decorrente da responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas

RESUMO: O artigo destina-se a analisar qual é a responsabilidade contratual do cirurgião-dentista, assim como as consequências jurídicas das duas diferentes formas de interpretação da obrigação contratual. Se pretende contrapor a forma atual de interpretação através de posições doutrinárias, argumentos biológicos e jurídicos, bem como fazer um paralelo com a responsabilidade contratual dos médicos, mostrar as diferenças de responsabilização e de exercício das duas profissões. Busca-se também, desenvolver formas de proteção ao cirurgião-dentista frente à forma atual de responsabilidade contratual aplicada nos Tribunais.

Palavras-chave: Cirurgião-dentista; obrigação de meio ou de resultado; responsabilidade civil.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 FORMAS DE RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS NAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS 2.1 A OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DO MÉDICO 2.1.1 Consequências jurídicas da *lex artis* 2.1.2 Diferença de erro médico e resultado adverso 3 VISÃO DO PROFISSIONAL DA ODONTOLOGIA 3.1 A OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DO CIRURGIÃO

DENTISTA 3.2 APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
3.3 ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS 4 PRESUNÇÃO DE CULPA DOS CIRURGIÕES DENTISTAS 4.1 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA 4.2 FORMAS DE PROTEÇÃO AO CIRURGIÃO DENTISTA 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIA

1. INTRODUÇÃO

O interesse por esse tema surgiu pelo fato do Brasil ser considerado o país com o maior número de dentistas no mundo. E em paralelo, ser também classificado, segundo o Conselho Federal de Odontologia, um dos países que possuem os dentistas mais competentes e preparados. Porém, existe um aumento significativo do número de processos judiciais em desfavor dos cirurgiões-dentistas, pois enxerga-se que os cirurgiões-dentistas se responsabilizam por uma obrigação de resultado, o que ocasiona em uma culpa presumida desses em casos de insucesso.

Portanto, este trabalho tratará da responsabilidade civil dos cirurgiões-dentistas envolvendo o questionamento de se estes profissionais responderiam por uma obrigação de meio ou de resultado.

A obrigação de meio e de resultado são obrigações que estão vinculadas a aspectos diferentes para o seu cumprimento, pois a obrigação de meio está vinculada à ideia de que o profissional cumpre sua obrigação com o paciente toda vez que fizer tudo que estiver ao seu alcance para o cumprimento da obrigação, mesmo que o resultado alcançado seja diverso do esperado. Já, quando se entende a obrigação como de resultado, o cumprimento do resultado é necessário para o adimplemento da obrigação.

Atualmente, é defendido que as obrigações dos dentistas, em regra, são de resultado, existe uma ideia equivocada de êxito sempre perante esses profissionais. Dessa maneira, o que implica presunção de culpa em casos de insucessos. O critério para definir obrigação de meio e resultado é controle total da situação ou não, salvo motivo de força maior.

Porém, os cirurgiões-dentistas atuam em situações de grande complexidade, por exemplo, recuperação de uma arcada e maxilar

em um acidente de trânsito. Deste modo, ocorre a necessidade de implementação de maiores cuidados e técnicas, que por si só podem não ser suficientes para alcançar o resultado almejado, dito de “normalidade” na visão do paciente. Por isso, é ilógico englobar a responsabilidade do cirurgião odontológico igual ao dos outros dentistas que respondem pela obrigação de resultado, sendo o mais adequado a obrigação de meio pela complexidade do trabalho desenvolvido e pela alta imprevisibilidade do resultado.

Em virtude disso, a discussão acerca deste tema gira, prioritariamente, em torno da possibilidade de se aplicar a interpretação de obrigação de meio aos cirurgiões-dentistas frente a todos os resultados, inclusive, aos que sejam diversos do pretendido. Além disso, se discorrerá acerca das consequências da aplicação da obrigação de resultado aos cirurgiões-dentistas, que desencadeia uma presunção de culpa a esses profissionais, se tratando também dos cuidados que eles devem ter em virtude dessa presunção de culpa.

Em consequência, os cirurgiões-dentistas no Brasil estão recorrendo, cada vez mais em seus consultórios e clínicas, à utilização de documentações detalhadas acerca dos pacientes e dos procedimentos com o intuito de se proteger de futuros processos, que estão atrelados a uma responsabilidade civil subjetiva. Algo que não ocorre em outras partes do mundo, a exemplo dos Estados Unidos, pois a profissão do cirurgião-dentista está atrelada ao curso de medicina. Seguindo essa lógica, o cirurgião-dentista não responderá por uma obrigação de resultado, uma vez que a medicina é uma profissão que se adota a obrigação de meio.

Como já dito, os profissionais dessa área vivenciam uma instabilidade jurídica, pois estão vinculadas a ideia subjetiva de resultado, existindo uma presunção de culpa desses profissionais quando estão diante de situações que podem fugir do seu controle para entregar ou não, o resultado aguardado.

Portanto, mesmo que o cirurgião-dentista tenha cumprido os deveres anexos de informar e de dar assistência, agindo sempre com a melhor técnica que ele podia atuar, levanta-se o questionamento se o cirurgião-dentista deve ficar preso a uma obrigação de resultado mesmo existindo a complexidade do organismo humano.

A pretensão da pesquisa é avaliar se existe justiça na visão obrigacional atual dos cirurgiões-dentistas. A partir disso, desenvolver as consequências jurídicas de considerar esses profissionais presumidamente culpados no descumprimento de uma obrigação de resultado e, por último, demonstrar as formas que os cirurgiões-dentistas podem se blindar da presunção de culpa frente a sua atividade desenvolvida.

O método a ser utilizado nesta pesquisa é o Método Hipotético-dedutivo (Karl Popper), no qual as hipóteses trabalhadas no processo de pesquisa serão submetidas a um processo de falseamento, visto que, trata-se de matéria em discussão doutrinária, sem legislação específica.

As fontes utilizadas para a confecção deste artigo são artigos publicados em revistas, artigos de teses de mestrado, fontes doutrinárias, legislação, estatutos, resoluções. Deste modo, trata-se de pesquisa qualitativa, que mais se adequa a esta demanda, em face da necessidade de trabalhar sob aspectos doutrinários, interpretando a legislação existente em obrigação de resultado e meio na responsabilidade do cirurgião-dentista.

2. FORMAS DE RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS NAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS

Primeiramente, é necessário compreender que a responsabilidade civil se insere no âmbito das obrigações. Inclusive, o autor André Luís Nigre (2007, p.199.) afirma que a obrigação é um dever jurídico originário. Enquanto, a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, surgindo então, a partir da violação da obrigação. Deste modo, a responsabilidade tem em sua designação o encargo de reparar ou ressarcir um dano ou prejuízo, que surge de uma ofensa ou violação de um direito.

Seguindo essa linha, o autor Bruno Miragem (2015, p.115) define que o causador do dano, ou quem a lei impor – que é o responsável perante a vítima – deve prestar um valor pecuniário que seja suficiente para compensar o prejuízo causado. Vale ressaltar que esse prejuízo pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. Contudo, para se formar a relação da responsabilidade civil dependerá da presença de certos pressupostos, e, em adição a isto, se deve analisar se há a imputação do dever de indenizar.

A autora Melissa Thiemi Kato e outros (2008, p.67) definem que a natureza da responsabilidade civil gerada no caso de erro do profissional cirurgião-dentista, na maioria das vezes, terá origem contratual. Contudo, é possível ainda, essa relação possuir natureza extracontratual, nos casos em que o profissional trabalhar em um atendimento de emergência, sendo essa exceção extremamente rara, mas possível na odontologia.

De qualquer modo, a autora Melissa Thiemi Kato e outros (2008, p.67) explicam que o Direito exige que os profissionais da odontologia devem exercer a profissão seguindo os preceitos estabelecidos em lei. Deste modo, seguindo as cautelas e precauções necessárias ao resguardo da vida e da saúde dos pacientes.

Por fim, faz-se necessário, uma breve definição da obrigação de meio e de resultado, pois a aplicação de uma dessas obrigações, segundo Cristiano Chaves (2015, p.1152), é essencial para diferenciar a natureza da responsabilidade civil.

Para Genival Veloso (2017, p.283), pode-se entender que ambas são obrigações positivas que exigem do devedor um comportamento de dar ou de fazer alguma coisa. Contudo, na obrigação de meio há o compromisso de utilizar todos os recursos disponíveis para chegar ao resultado, mas não existe o compromisso de alcançar esse resultado pretendido. Portanto, se o resultado não foi cumprido e inexistente culpa do devedor – não há o que cobrar. Enquanto, na obrigação de resultado a prestação do serviço tem um fim definitivo. Dessa forma, se houver o resultado não esperado, há o inadimplemento e o devedor assume o ônus de satisfazer a obrigação que comprometeu.

2.1. A obrigação contratual do médico

Nos casos dos médicos, a obrigação contratual é, segundo, Maria Helena Diniz (2017, p.387), em regra de meio, uma vez que ele deve usar a prudência e a diligência normais para prestar um serviço, aonde não existe a exigência do resultado. O resultado é querido, mas não vinculativo ao cumprimento da obrigação. Pensamento que é reafirmado pela obra conjunta de Cristiano Chaves, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto (2015, p.1153), no qual defendem que os médicos pelos serviços prestados respondem pela obrigação de meio e não assumem a responsabilidade de chegar

no resultado, que seria a cura, por exemplo. Concordando também com essa visão, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2015, p.137) destacando que a obrigação dos médicos são obrigações, essencialmente, de meio.

Contudo, André Luís Nigre (2007, p.203), pontua que os cirurgões plásticos puramente estéticos e os anestesistas são a exceção para o entendimento de que os médicos respondem, em regra, por uma obrigação de meio. Nesses exemplos, é aplicada uma obrigação de resultado.

A distinção dessa forma de obrigação é importante para Genival Veloso França (2017, p.270), pois ela é essencial para estabelecer o ônus da prova do dano. Já que, em uma obrigação de resultado, presume-se a culpa sempre, enquanto na obrigação de meio, não há essa presunção. Dessa forma, é o paciente quem deve provar a culpa do médico.

2.1.1. Consequências jurídicas da *lex artis*

Uma das consequências de a obrigação do médico ser uma obrigação de meio é que ele está abarcado pela *lex artis*. A *lex artis* é um conceito bastante aplicado na área médica. Dessa forma, pode-se trabalhar a partir do conceito do jurista espanhol Mirentxu Corcoy Bidasolo (p.03, 2019):

[...] La lex artis se configura a través de la suma de reglas técnicas, máximas de experiencia y conocimientos aceptados por la comunidad científica. Se infringe la lex artis y, consecuentemente, el deber de cuidado exigible, aun cuando no exista una reglamentación concreta ni un protocolo que obligue a actuar de una determinada forma, siempre que no se haya actuado correctamente desde la perspectiva médica.¹

Basicamente, a *lex artis* não analisa o resultado, mas, se a conduta do profissional corresponde com as perspectivas de condutas ou técnicas de outros profissionais em casos análogos. Então, se o médico chegou a um resultado não querido, mas, agiu

1 “[...] A *lex artis* se configura por meio da soma de normas técnicas, máximas de experiência e conhecimentos aceitos pela comunidade científica. É violada a *lex artis* e, consequentemente, o dever exequível do cuidado, mesmo quando não haja regulamento ou protocolo específico que requeira ação de determinada forma, desde que não tenha agido corretamente do ponto de vista médico. (Mirentxu Corcoy Bidasolo, 2019, p.03)

em conformidade com o que se esperava, não haverá responsabilização do profissional.

Mirentxu Corcoy Bidasolo (p.06, 2019) acrescenta também que caso o resultado produzido provoque um dano, a conduta pode ser qualificada como um crime, se for comprovado o descumprimento do dever anexo de cuidado,²

2.1.2. Diferença de erro médico e resultado adverso

Um detalhe relevante do médico responder, em regra, por uma obrigação de meio é que ele não vai ser responsabilizado pelo um resultado adverso, apenas respondendo pelo erro médico.

Portanto, é necessário entender que o resultado adverso e o erro médico são conceitos diferentes. Inclusive, o autor Genival Veloso França (2017, p. 270) esclarece que nem todo resultado adverso é sinônimo de erro médico. O erro médico pode causar o resultado adverso, mas o resultado adverso pode surgir de inexistência da ciência médica, portanto, sem culpa do médico. Enquanto, o erro médico quase sempre existe por culpa. Além disso, este dano sofrido pelo paciente pode ser caracterizado devido a imperícia, a negligência ou a imprudência do médico, no exercício da atividade médica.

A autora Melissa Thiemi Kato e outros (2008, p.67) explicam que a imprudência é todo e qualquer ato perigoso, praticado pelo seu autor com descuido. A imprudência está presente quando o profissional, através da má prática, despreza a dignidade humana e provoca danos graves. Já, a negligência, é caracterizada pela ausência de precaução ou indiferença ao ato realizado, portanto, esta é retratada, geralmente, como um ato omissivo. Por fim, a imperícia é a falta de aptidão ou habilidade técnica para o exercício da profissão, habilidade esta que era exigível do autor.

3. VISÃO DO PROFISSIONAL DA ODONTOLOGIA

O profissional da odontologia, apesar de atuar na área de saúde, terá consequências contratuais distintas daquelas relativas aos médicos, mas, antes de entrar nessa discussão, é necessário

2 “[...] Por el contrario, aun cuando el resultado producido consista en una lesión la conducta puede ser calificada como delito, siempre que sea imputable a la infracción de un deber de cuidado elemental.” (Mirentxu Corcoy Bidasolo, 2019, p.06)

entender a importância e a forma de ação desse profissional que, inclusive, continuaram trabalhando durante a pandemia do novo COVID-19, através de uma consulta feita pelo Conselho Federal de Odontologia (2020, p.01), constatou que, por exemplo, 82% dos cirurgiões-dentistas entrevistados continuaram a trabalhar durante a pandemia.

O Brasil, segundo o Conselho Federal de Odontologia (2010, p.01) é considerado o país com o maior número de dentistas. Além disso, a odontologia no país está classificada entre as melhores do mundo.

O Conselho Federal de Odontologia (2016, p.01-02) explica que o profissional da Odontologia atua com o objetivo de promover a saúde bucal da população por meio de tratamentos dentários que seguem o caminho do diagnóstico, da recuperação e da manutenção. De acordo com os dados do Ministério da Saúde, atualmente, o SUS emprega cerca de 30% dos dentistas do país, o que representa 64 mil profissionais. Dessa maneira, pode-se entender que o profissional da odontologia está corriqueiramente na vida da população brasileira.

Por fim, o Conselho Federal de Odontologia (2016, p.02) destaca que o cirurgião-dentista realiza tratamentos como implantes, próteses e ortodônticos, como também o cirurgião-dentista realizará extrações e cirurgias em urgências e emergências com agravo por acidente na área de bucomaxilofacial. Portanto, o cirurgião-dentista é capacitado para realizar cirurgias e procedimentos mais evasivos.

3.1. A obrigação contratual do cirurgião - dentista

Existe um debate acerca da aplicação de qual obrigação, meio ou de resultado, o profissional da odontologia será responsabilizado.

De acordo com Sergio Cavalieri Filho (2014, p.459), diferente dos médicos os dentistas, em regra, cumprem obrigação de resultado, pois os processos de tratamento dentário são mais regulares, específicos e os problemas menos complexos. De igual modo, entendem os autores Cristiano Chaves, Nelson Rosendal e Felipe Peixoto (2015, p.769) em sua obra conjunta, afirmando então, que os dentistas respondem por uma obrigação de resultado, incluindo

também os ortodontistas. Contudo, eles destacam que “Poderá, sempre, no entanto, provar o dentista que o insucesso se deveu à culpa exclusiva do paciente. Essa prova, se realizada, rompe o nexo causal.”

Já, o autor Sergio Cavaliere Filho (2014, p.461), também chama atenção que o cirurgião-dentista atua em casos de alta complexidade, por exemplo, recuperar o maxilar e a arcada dentária destroçada de um acidentado, hipótese que terá que atuar com diligência, cuidado, atenção e melhor técnica, mas o profissional não pode assegurar um resultado. Portando, não se encaixaria em uma obrigação de resultado.

A linha de pensamento de Sergio Cavaliere Filho será seguida e aprofundada por Eduardo Dantas (2019, p.210), pois o autor defende que a atividade odontológica, em geral, é uma obrigação de meio, visto que o seu exercício não promove cura, mas, sim, um tratamento adequado, segundo as normas de prudência, perícia, diligência e padrão de conduta ética. Essa visão será baseada no fato que atividade odontológica, por sua definição está sujeita a imprevisibilidade do corpo humano, em que a resposta de cada organismo é única. Além disso, a prática odontológica e ortodôntica estará sujeita ao acaso, ao infortúnio e à força maior.

Pensamento esse que é reafirmado pelos autores R. Silva e outros (2007, p.69), pois estes como profissionais da área criticam em seu artigo a tendência atual da odontologia estar sendo apresentada como obrigação de resultado, em decorrência de muitos profissionais prometerem resultados “milagrosos”, bem como da falta de divulgação de insucessos na prática odontológica e do uso de artifícios inadequados de propaganda (antes e depois). Tudo isso, vai levar o paciente a entender que todo procedimento odontológico terá sucesso, pois não mostra que o sucesso está intimamente ligado a resposta biológica do organismo ao procedimento mais a cooperação do paciente.

Já, os tratamentos ortodônticos de caráter embelezador, na visão de Eduardo Dantas (2019, p.213), também serão embarcados em obrigações contratuais de meio, visto que, para este, as intervenções embelezadoras são intervenções equiparáveis a todos os demais procedimentos cirúrgicos, pois estão sujeitas as reações imprevisíveis do organismo humano e consequências indesejadas que

podem sobrevir, mesmo que toda a técnica, recursos disponíveis, prudência e perícia tenham sido empregados. Não sendo justo culpar o profissional pelo infortúnio, que por ele também não foi quisto.

Deste modo, o autor Eduardo Dantas (2019, p.213) é incisivo em defender que os tratamentos odontológicos sob nenhum aspecto, inclusive os estéticos, devem ser considerados obrigações de resultado, concluindo que os enxergar os tratamentos odontológicos como obrigações de resultado é um entendimento ultrapassado.

Outro aspecto importante na obrigação contratual do cirurgião-dentista, é definir a relação contratual que incide sobre este. Segundo Eduardo Dantas (2019, p. 208), o primeiro questionamento que se precisa fazer é se o exercício da odontologia pode ser considerado uma relação de consumo e, portanto, se incidem sobre esta as regras do Código de Defesa do Consumidor

3.2. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Primeiramente, é necessário perceber que o código de Defesa do Consumidor traz, em seu artigo 14, § 4º, o seguinte preceito:

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.

A autora Melissa Thiemi Kato e outros (2008, p.69) explicam que esse artigo é recepcionado pelo art.951 do Código Civil, sendo então, extensível a todo e qualquer prestador de serviço que atue como profissional liberal. Portanto, na visão dos autores é necessário que a culpa seja demonstrada de forma clara e precisa para seja possível a responsabilização do profissional que exerceu o tratamento odontológico.

Além disso, a ministra Maria Isabel Gallotti defendeu em sua decisão acerca do Agravo em Recurso Especial nº 1.238.713, que os dentistas são profissionais liberais. Então, conforme disposto no art. 14, §4º, do CDC, a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Entretanto, a mesma Ministra Isabel Gallotti na mesma decisão chama a atenção para o fato que as obrigações contratuais dos profissionais liberais, em sua grande parte, são consideradas como “de meio”, mas como os réus são profissionais da área da odontologia, ela vai considerar como “de resultado”, justificando que tem-se propagado na doutrina e na jurisprudência essa visão. Portanto, os dentistas serão classificados como profissionais liberais, mas, diferentemente dos outros profissionais liberais, responderão por obrigação de resultado.

A autora Adriana Maluf (2015, p.476) acrescenta também que o art. 14, §4º, do CDC, somente alcança o odontólogo se este prestar serviço na condição de profissional liberal em clínica particular. Se o dentista atender por força de convênio com sindicato ou associação, quem responderá será uma das pessoas jurídicas - respondendo de forma objetiva - ressaltando-se, no entanto, direito de regresso ao odontólogo.

3.3. Entendimento dos tribunais

Os tribunais têm reiteradamente entendido que os profissionais da área odontológica, sem distinção, respondem por uma obrigação de resultado.

No REsp nº 1.238.746, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, a 4º Turma do STJ, pode-se ver:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. APRECIÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE TRATAMENTO ORTODÔNTICO. EM REGRA, OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE RESULTADO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

Nesse processo, além do tratamento não ter obtido o resultado esperado, ele também trouxe dano a autora que teve seus dentes extraídos e necessita que sejam recolocados. Desse modo, para julgar o caso concreto, o ministro parte do pressuposto que, em regra, os tratamentos odontológicos respondem por uma obrigação de resultado. Portanto, o cirurgião-dentista descumpriu a obrigação de resultado e também se conclui que existe uma presunção de culpa do profissional. Contudo, ciente do debate doutrinário acerca do tema, o ministro chama atenção que, no caso específico,

mesmo que ele aplicasse uma obrigação de meio, haveria responsabilização do cirurgião-dentista, pois o dever de informação não foi respeitado.

No AREsp 1.238.713, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, pode-se ver no acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - TRATAMENTO ODONTOLÓGICO - IMPLANTES DENTÁRIOS - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO DO DENTISTA NO CASO CONCRETO - APLICAÇÃO DO CDC - OMISSÃO DOS PROFISSIONAIS - COMPROVAÇÃO - DANOS MATERIAS E DANOS MORAIS COMPROVADOS - DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

Nesse processo, se discutiu acerca da colocação de 4 implantes dentários, no qual um dos implantes veio a se perder. A decisão da ministra foi no sentido de que o dentista deve indenizar o paciente em danos morais e materiais, visto que ela interpreta que a relação do dentista é uma obrigação de resultado. A ministra também chama atenção, que mesmo o dentista sendo um profissional liberal, ele será responsabilizado por uma obrigação de resultado.

Pode-se concluir, a partir dos julgados trazidos, que o entendimento majoritário dos tribunais é que a obrigação do cirurgião-dentista é de resultado, e não de meio.

4. PRESUNÇÃO DE CULPA DOS CIRURGIÕES-DENTISTAS

O autor Genival Veloso (2017, p.270) é categórico ao dizer que em uma obrigação de resultado presume-se a culpa sempre e na obrigação de meio não.

Conclui-se então, que como o cirurgião-dentista responde por uma obrigação de resultado na visão majoritária da doutrina, ele possui uma culpa presumida.

Inclusive, o próprio Genival Veloso de França (2017, p.268) explica que a culpa na obrigação possui elementos essenciais como: a previsibilidade do dano, o ato voluntário inicial, a ausência de previsão e a voluntária omissão ou negligência.

Em relação a culpa, é interessante trazer para este debate a posição do jurista Marcelo H.G Revera M. Santos (2017, p.82) em

relação as cirurgias plásticas embelezadoras, visto que o jurista defende que, “não se pode admitir, como alguns julgados já fazem, que o profissional de determinada área seja presumidamente culpado, para que - acionada a justiça – prove que não agiu de forma negligente, imprudente e imperita “. Na visão do autor, um sistema, aonde ocorre presunção do cometimento de um ilícito vai de encontro as bases democráticas do Estado, no qual tem como um dos seus pilares principais a presunção de inocência.

Por isso, Medeiros e Coltri (2014, p.14), chamam à atenção para necessidade sempre de verificação de culpa, se houve ou não, na conduta do cirurgião-dentista, pois a partir disso definirá se há o dever de indenizar, sendo caracterizada a responsabilidade civil subjetiva. Dessa forma, a prova da culpa será sempre necessária. Portanto, se a obrigação for de resultado, o ônus da prova será do cirurgião-dentista. Se a obrigação for de meio, o ônus da prova será do paciente. Podendo também, se o juiz determinar a inversão do ônus da prova por hipossuficiência técnica (art. 6º, VIII, CDC), ainda que em obrigação de meio, a obrigação de provar recai ao cirurgião-dentista.

4.1. Inversão do ônus da prova

Segundo, Alexandre Freitas Câmara (2007, p.242), o ônus é a conduta imperativa que uma pessoa tem de fazer para satisfazer o seu próprio interesse. Então, o ônus da prova é a conduta exigida de uma das partes para provar suas alegações. No caso do cirurgião-dentista, o ônus de se defender é dele, visto que existe uma presunção de culpa.

Marcelo H.G Revera M. Santos (2017, p.77), destaca que a entrada do novo CPC instituiu a teoria da distribuição dinâmica da prova. Com isso, o juiz não precisa interpretar a relação como de resultado para permitir que se atribua o ônus da prova ao profissional. Portanto, a obrigação não precisa ser de resultado para que o profissional possua o ônus da prova. Com isso, dará liberdade do juiz inverter o ônus da prova para fins de organização e saneamento do processo livremente nos casos práticos, segundo o Novo Código de Processo Civil de 2015, no artigo 357 “Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste capítulo, deverá o juiz, em decisão

de saneamento e organização do processo: [...] III- definir a distribuição do ônus da prova, observando o art.373”.

Dessa forma, desvincula-se da ideia de necessidade de a obrigação ser de resultado para ônus da prova ser do cirurgião-dentista.

No entanto, o autor Eduardo Dantas (2019, p.213), inclusive, considerará antijurídico os tratamentos odontológicos, incluindo os estéticos, serem classificados como obrigação de resultado e, conseqüentemente, inverter o ônus da prova. Já que o autor defender firmemente que a obrigação dos dentistas deve ser enxergada como de meio.

4.2. Formas de proteção ao cirurgião- dentista

Em decorrência da visão majoritária, em que o cirurgião-dentista continua vinculado a obrigação de resultado os autores Medeiros e Coltri (2014, p.14) destacam a importância de o cirurgião-dentista poder sempre provar que não teve culpa. Dessa forma, cria-se a valorização da documentação odontológica e destaca a importância de conter a assinatura do paciente, sempre se observando o Código de Ética Odontológico. A manutenção de um prontuário odontológico estruturado e, posteriormente, arquivado é considerada a forma mais eficiente de proteção do profissional contra processos jurídicos.

A autora Melissa Thiemi Kato e outros (2008, p.69-70) explicam que nesse prontuário deve estar contido radiografias, fotos, cópias de receitas assinadas pelo paciente, cópias dos atestados, cópias dos modelos de estudos e cópias dos recibos emitidos por folhas de receituários.

Inclusive, na visão das autoras Lucena e Batista (2015, p.92) com o aumento dos números de processos judiciais em desfavor ao cirurgião-dentista, cabe ao profissional oferecer um contrato pautado na obrigação de meio. Contudo, as autoras também chamam atenção da necessidade do dever de informação. Portanto, o paciente deve ser informado acerca da importância e da necessidade dos cuidados bucais, após o procedimento. Além disso, os profissionais devem buscar ter um relacionamento transparente com paciente.

Vale lembrar que, o art. 6º, III do CDC, defende como direito básico do consumidor a informação adequada acerca de qualquer serviço prestado, servindo para reafirmar a visão de que, independentemente da obrigação aplicada, é direito do paciente que se respeite o dever anexo de informação.

Portanto, para Lucena e Batista (2015, p.92), o prontuário atualizado e detalhado, um contrato que visa obrigação de meio e o dever de informação respeitado serão fatores essenciais para não aferir culpa na conduta do cirurgião-dentista no caso de um futuro processo.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade contratual do profissional da área médica é, em regra, de meio. Dessa forma, não será analisado se o resultado da sua obrigação e sim, se o profissional utilizou toda a técnica que estava ao seu alcance para alcançar o resultado querido. Com isso, o profissional da área médica é abarcado pela *lex artis*, pois será analisado se a conduta dele condiz com a técnica empregada por qualquer outro médico diante de situação análoga. Dessa forma, não se discute o resultado.

Deste modo, uma das maiores justificativas para o médico responder por uma obrigação de meio é o fato dele trabalhar com o corpo humano, pois o corpo humano é imprevisível e complexo. Contudo, o profissional da área da odontológica também trabalha com as incertezas do corpo humano, principalmente o cirurgião-dentista. O cirurgião-dentista no exercício da sua atividade pode estar diante de situações de alta complexidade, por exemplo, um maxilar destruído em um acidente de carro. Dessa forma, percebe-se a insuficiência dessa justificativa. Porém, a jurisprudência e uma grande parte da doutrina entendem que os dentistas, em sua generalidade, respondem por uma obrigação de resultado.

A visão de que o cirurgião-dentista responde por uma obrigação de resultado é uma excepcionalidade dentro do conceito de profissional liberal, uma vez que os profissionais partícipes desta classificação, em regra, possuem uma obrigação de meio, ou seja, respondem somente através da comprovação de culpa.

Consequentemente, esse entendimento vincula o cirurgião-dentista a uma obrigação de entregar sempre o resultado acordado. Dessa forma, se houver um resultado diverso ocorre a presunção de culpa do profissional.

A presunção de culpa é injusta, pois o cirurgião-dentista, como já dito, trabalha com a imprevisibilidade do corpo humano e muitas vezes o resultado não quisto é consequência da anatomia singular da arcada dentária e das ações do paciente que são contrárias as orientações dadas pelo profissional. Dessa forma, o cirurgião-dentista deveria responder por uma obrigação de meio.

Contudo, enquanto o direito não evoluir na interpretação da responsabilidade contratual dos cirurgiões-dentistas, cabe a esses profissionais buscarem se proteger. Primeiramente, buscando ter prontuários detalhados e atualizados de cada paciente, servindo então, no auxílio de sua defesa. Como também, criarem contratos especificando que aquela obrigação vai ser guiada por um uma obrigação contratual de meio. Atrelado a isso, o profissional deve sempre buscar cumprir os deveres de informação e de cuidado. Portanto, deve informar ao paciente todas nuances do tratamento ou procedimento, estando sempre disponível para responder possíveis dúvidas.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Código Civil de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 31 jul.2020.

BRASIL, *Código de Defesa do Consumidor de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL, *Código de processo civil de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 30 jul. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em recurso especial nº 1.238.713 – MG*. Agravante: Celso Pontes Cruzeiro. Agravado: Jane Miriam Guerra Motta Drummond. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti. Brasília DJ 20 Mar. 2018. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=IM-PLANTES+DENT%C1RIOS&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 8 Mai .2019.

- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1238746 / MS* *Recurso especial 2010/0046894-5*. Agravante: Paulo Dorsa. Agravado: Ana Maria Marçal Alves. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. DJe 04/11/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28TRATAMENTO+ODONTOL%20D3GICO+%29+E+%28%22LUIS+FE-LIPE+SALOM%C3%22%29.MIN.&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=-true>. Acesso em: 15 mai. 2019.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *lex artis (Jurídico)*. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Dir.) Disponível em: <https://enciclopedia-bioderecho.com/vo-ces/197>. Acesso em: 08 ago. 2020.
- CÂMERA, Alexandre Freitas. O ônus da Prova e a Responsabilidade Civil médica. In: NIGRE, André Luis; ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de (Coords.) *Direito e Medicina um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014.
- CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. *Brasil é o país com o maior número de dentistas*. Notícia de 03/02/2010. Disponível em: <http://cfo.org.br/website/brasil-e-o-pais-com-o-maior-numero-de-dentistas/>. Acesso em: 01 mai. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. *Consulta do CFO revela que 82% dos Cirurgiões- Dentistas entrevistados continuam trabalhando durante a pandemia*. Notícia de 10/07/2020. Disponível em: <https://website.cfo.org.br/consulta-do-cfo-revela-que-82-dos-cirurgioes-dentistas-entrevistados-continuam-trabalhando-durante-a-pandemia/>. Acesso em: 31 jul.2020.
- CONSELHO FEDERAL DE ODONTOLOGIA. *Profissão: Cirurgião-dentista*. Notícia de 02/05/2016. Disponível em: <http://cfo.org.br/website/17829/>. Acesso em: 8 de mai. 2019.
- DANTAS, Eduardo. *Direito Médico- 4.ed. rev. ampl e atual*. Salvador: Juspodvim, 2019.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.
- CHAVES, Cristiano Farias. ROSENVALD, Nelson. PEIXOTO, Felipe. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.
- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume: obrigações*. 16º Edição. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

- KATO, Melissa Thiemi e outros. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. *Revista de Odontologia da Universidade Cidade de São Paulo*, São Paulo, v.20, n.1, jan-abr, 2008, p.66-75. Disponível em: <http://publicacoes.unicid.edu.br/index.php/revistadaodontologia/article/view/610>. Acesso em: 30 jul. 2020
- LUCENA, Mara Ilka Holanda Medeiros. BATISTA, Jéssica Holanda de Medeiros. Responsabilidade civil do cirurgião dentista frente a processos de ordem jurídica: uma revisão, *Revista InterScientia*, João Pessoa, v.3, n.1, jan./jun. 2015, p.82-94. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/interscientia/article/view/98> Acesso em: 30 jul. 2020.
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso Bioética e Biodireito*. 3º Edição. São Paulo: Atlas, 2015
- MEDEIROS, Urubatan. COLTRI, André. Responsabilidade civil do cirurgião-dentista. *Revista Brasileira de Odontologia*, Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, p. 10-6, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.revista.aborj.org.br/index.php/rbo/article/view/535>. Acesso em: 15 mai. 2019.
- MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- NIGRE, André Luis. A responsabilidade Civil do Médico. In: NIGRE, André Luis; ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira de (Coords.) *Direito e Medicina um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2007
- SANTOS, Marcelo H. G. Rivera M. Reeleitura da Responsabilidade civil em cirurgia estética à luz do novo CPC: Obrigação de meio, e não de resultado. *Revista dos Tribunais*. Vol.92. ano 106. p.53-86. São Paulo: Ed. RT, agosto 2017
- SILVA, R. H. *et al.* Responsabilidade civil do cirurgião-dentista: a importância do assistente técnico. *Revista Dental Press Ortop Ortop facia*. Maringá, v. 14, n. 6, nov./dez. 2009, p. 65-71. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dpress/v14n6/a09v14n6.pdf>. Acesso em :15 mai. 2019.
- FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 14º edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Capítulo XIV

A perspectiva do Direito Canônico acerca da família do escravo no Brasil oitocentista

Matheus Alexandrino Silva do Nascimento

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.

Maria Luísa Teixeira Mota

Graduanda em Direito pela Faculdade Baiana de Direito.

A perspectiva do Direito Canônico acerca da família do escravo no Brasil oitocentista

RESUMO: O presente trabalho possui o intuito de demonstrar o problema concernente aos direitos e obrigações incidentes sobre a família dos escravos no Brasil oitocentista. Visa propor reflexão acerca da justificativa que era fornecida pelo Direito Canônico, mas não sem antes revisar conceitos relacionados a este e entender a função básica deste complexo normativo. Além disso, se visa promover uma breve análise do *modus operandi* histórico da Igreja acerca da escravidão, passando a se entender que não foi em todos os momentos da história que a Igreja teve uma postura favorável, ou omissa, em relação ao ato de escravizar.

Palavras-chave: Escravidão; Direito Canônico; Família do escravo;

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 DAS BASES DO ESTUDO 2.1 A IGREJA 2.2 O DIREITO CANÔNICO 3 A SOCIEDADE OITOCENTISTA 3.1 O ESCRAVO 3.1.1 A Legitimação da condição de escravo sob a perspectiva cristã oitocentista 3.1.2 A condição jurídica do escravo 4 A FAMÍLIA DO ESCRAVO NA SOCIEDADE BRASILEIRA OITOCENTISTA 4.1 A CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA 4.2 A FAMÍLIA DO ESCRAVO SOB A ÉGIDE DO DIREITO CANÔNICO 4.2.1 Na educação religiosa 4.2.2 No batismo 4.2.3 No matrimônio 4.2.4 No concubinato 4.2.5 Direitos decorrentes das Constituições Do Arcebispo Da Bahia 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O Direito Canônico pode ser entendido como instrumento de controle social exercido pela Igreja. Na Antiguidade e na Idade Média, diferentemente dos dias atuais, o referido Direito possuía uma influência maior em face da posição social em que se encontrava a Igreja.

É de conhecimento geral que, no Brasil e no mundo, a Igreja possuiu uma grande participação no curso do processo de escravidão dos povos indígenas e africanos. O seu principal papel, através do Direito Canônico, não era da captura dos indivíduos em si, mas da oferta de uma fundamentação religiosa para a submissão daqueles povos. Foram utilizados argumentos de inferioridade natural, a suposta ausência de alma dos africanos entre outros.

Debruçar-se sobre temas passados, como a escravidão, extinta em 1888 no Brasil, é de fundamental importância para se observar o que era utilizado para fundamentar tal violação à liberdade individual, a axiologia aplicada a época e entender melhor a distinção entre a escravidão indígena e a africana.

Além disso, debruçar-se sobre a escravidão possibilita compreender a impossibilidade de se aceitar situações similares no presente século. Hoje, segundo Walk Free Foundation cerca de 36 milhões de pessoas vivem em condições análogas à escravidão, ou seja, 0,5% da população global. Sabe-se que, em 2014, o Brasil, segundo a ONU, possuía mais de 155 mil pessoas em tais condições. Entender a escravidão e toda sua violação psíquica, econômica e física é fundamental não somente pela história alarmante do Brasil, mas por ser uma situação que ainda ocorre no mundo.

Além da questão social, há uma extrema relevância para o âmbito jurídico, visto que o escravo era objeto de tratamentos distintos conforme a situação em que se encontrava – certas vezes a lei o tratava como pessoa, já outras, como coisa. Dito isto, é elementar que se estude juridicamente uma figura tão complexa como o escravo que, ao mesmo tempo que era considerado um ser dotado de direitos, era propriedade de outrem.

No presente trabalho, se busca demonstrar como funcionava a dinâmica da família do escravo oitocentista, quais os direitos e

obrigações que se aplicavam sobre esta e àqueles que a detinham enquanto senhores e, principalmente, qual era o olhar e influência do Direito Canônico sobre esta. Para isso, não se eximirá da apresentação de conceitos basilares e contextualização com a época sobre a qual se recorta temporalmente.

O trabalho foi produzido com base no método hipotético-dedutivo de Karl Popper no qual, através de um processo de falseamento de hipóteses criadas no corpo da pesquisa, se ratificará a força dos argumentos dos pesquisadores. Tudo isto, através da análise de doutrina, artigos científicos, periódicos, leis e notícias.

Acerca da questão apresentada, vale questionar se havia, por parte do Direito Canônico, uma justificativa para o ato de escravizar e se, mesmo em escravidão, aqueles que seguiam os dogmas cristãos seriam abarcados por direitos e obrigações específicas e extensivas aos seus familiares.

2. DAS BASES DO ESTUDO

Para que se possa aprofundar no assunto em voga, há a necessidade de se revisitar alguns conceitos básicos relativos ao assunto. Dito isto, há a necessidade de se conhecer um pouco acerca da Igreja enquanto instituição e do Direito Canônico enquanto complexo normativo que incidia sobre os indivíduos que compunham a sociedade, a controlando, desta forma, socialmente.

2.1. A igreja

Para Cândido Mendes (1866, p.12), a Igreja nada mais é do que o reino de Deus sobre a terra. Para este, a religião emanada pela Igreja seria a base da sociedade organizada, alegando, pois, que a legislação dos povos cristãos prevalecia sobre o *Corpus Iuris Civilis*, o livro base do Direito Civil na época colonial, e se infiltrava em todo corpo normativo da época.

No período colonial, a Igreja foi, no Brasil, uma instituição que, pouco a pouco, ganhou seu poder através de ser utilizada, estando subordinada à figura do Estado, como um instrumento de dominação e controle social, política e cultural. A crise deste modelo, no entanto, ocorreu, em meados de 1759, com a expulsão dos jesuítas e implementação do modelo racionalista e iluminis-

ta decorrente da Reforma Pombalina, promovida pelo Marquês de Pombal. No Segundo Reinado, se iniciou, em meados de 1840, a chamada romanização da Igreja Católica, passando esta, portanto, a responder diretamente ao Papa, e não mais à Coroa luso-brasileira. (AZEVEDO, 2004, p.111).

No período da romanização da Igreja Católica, Dermi Azevedo (2004, p.112), afirma que existiram três fases importantes: a reorganização católica – composta da miscigenação do catolicismo brasileiro com o catolicismo romano em conjunto com a formação do clero brasileiro; a experiência institucional – com a separação da Igreja e Estado como decorrência da proclamação da República; e a NeoCristandade – que se iniciou em 1922 e visou um maior investimento político da Igreja, havendo nesta, uma reaproximação política entre Estado e a primeira.

2.2. O Direito Canônico

Segundo Cândido Mendes (1866, p.12), advogado, jornalista e político da época do Império, o Direito Canônico pode ser considerado como uma subdisciplina da Teologia, que tem como função principal, a efetivação dos dogmas pregados na Teologia cristã, possuindo, concorrentemente, a função de regular toda a organização administrativa da Igreja e educação cristã.

Em busca de um melhor entendimento acerca do assunto, é válido compreender que o controle social pode ser entendido como tudo aquilo que influencia o comportamento daqueles que compõem a sociedade. Portanto, é um conceito intimamente ligado aos conceitos de “poder” e “dominação política” (SABADELL, 2010, p.154 a 155).

Por assim dizer, existem duas formas de se exercer o controle social: fiscalizar e orientar. No caso do Direito Canônico, se pode observar que este promovia, especificamente, a fiscalização do cumprimento dos dogmas oriundos da teologia. Em face do descumprimento de um dogma, no entanto, previa uma sanção, orientando o comportamento em sociedade. Desta forma, é possível entender que o Direito Canônico exercia, na sociedade oitocentista, um papel de orientar o comportamento em sociedade, bem como de fiscalizá-lo (SABADELL, 2010, p.154 a 155).

3. A SOCIEDADE OITOCENTISTA

3.1. O escravo

No presente trabalho se discute acerca da escravidão africana, visto que, no Brasil, nunca se praticou a escravidão sobre indivíduos de fenótipo caucasiano, mas, tão somente, africanos e indígenas. Quanto aos indígenas, a escravidão referente a estes foi extinta de direito em 1831 (MALHEIROS, 1866, p.6).

Há de se notar ainda que os membros da hierarquia religiosa da época não se preocuparam em questionar a legitimidade do cativo ou definir formas de atendimento religioso para os escravos africanos, como o fizeram para o escravo indígena, demonstrando-se assim, uma distinção no tratamento desses escravos pelo cristianismo, razão pela qual se levou à posterior extinção de direito (TORRES-LONDOÑO, 2007, p.276).

Segundo Agostinho Malheiros (1866, p.71-75), os escravos, por muito tempo, foram entendidos, sob a égide supostamente cristã, como seres inferiores aos seus senhores por sua inerência. Para o autor, portanto, à época, alegava-se que submeter-se a escravidão era direito natural do escravo, por ser inferior em sua natureza. No entanto, para Agostinho Malheiros (1866, p. 71-75), pouco a pouco, com o avançar ideológico da época oitocentista comparada aos séculos iniciais da escravidão no Brasil, se passou a compreender que a escravidão, na verdade, era uma instituição do Direito das Gentes que contrariava o Direito Natural dos indivíduos. Tudo isto, sob a crença de que Cristo previu os homens em pé de igualdade.

3.1.1. A legitimação da condição de escravo sob a perspectiva cristã oitocentista

Segundo Paul Johnson (2001, p.486), foi transmitida a ideia, através do cristianismo, que o escravo africano, nada mais seria do que um ser inferior aos demais da época – em sua maioria, brancos e cristãos. A referida ideia passou a fixar-se na mente dos cristãos através de abordagens e interpretações retiradas da Bíblia.

Agostinho Malheiros (1866, p.3), por um outro lado, afirmou que nem sempre a Igreja compactuou com o conceito de escravidão,

alegando que, a exemplo disso, o Papa Paulo III, em 1537, fez um pronunciamento repudiando a referida prática, visto que acreditava que não se poderia abolir a possibilidade de melhorar a sorte dos indivíduos submetidos à situação – quanto melhorar a sorte, leia-se reduzir os indivíduos à fé cristã. Há de se observar que, na referida fala, a Igreja acabou por abarcar, inclusive, pagãos.

Mesmo defendendo que a conduta da Igreja nem sempre fora uníssona no quesito da escravidão, Malheiros (1866, p.17), afirmou em sua obra que a escravidão nada mais era que um meio produtivo para os senhores, sem mera compensação do dispêndio aos escravos, e que o cristianismo se utilizava de conotações de resgate do indivíduo escravizado, por meio do qual se teria o intuito de educar os escravos religiosamente, civilizando-os desta forma. Para este, tais discursos utilizados pela fé cristã, nada mais eram do que embustes e falácias com intuito meramente mercantilista e político.

Alega ainda que, no início da escravidão no Brasil, os senhores nem mesmo batizavam os escravos – mesmo que a referida conduta ensejasse penas graves ao senhor – tampouco oportunizavam aos últimos os sacramentos na morte do escravo, refutando-se, por inteiro, a perspectiva humanista e, supostamente, civilizadora do ato de escravizar (MALHEIROS, 1866, p.17-18).

Segundo Fernando Torres-Londoño (2007, p.276), as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia foram um documento dotado de poder normativo elaborado pela Igreja em 1707 que, entre outras disposições, instituiu deveres cristãos que os escravos deveriam cumprir, cabendo ao senhor do escravo, a fiscalização do adimplemento destes deveres. No entanto, os senhores acabavam por cometer diversos abusos a este título de fiscalizadores, visto que não restavam preestabelecidas obrigações religiosas do senhor perante o escravo. Logo, situações como descanso aos domingos, não possibilitavam o conhecimento das verdades da Igreja e não oportunizava a presença dos escravos aos sacramentos.

As Constituições Primeiras ainda almejava, enquanto documento, sanar supostas necessidades cristãs, a exemplo de entender-se como um instrumento para superar a “boçalidade” dos escravos africanos – estes considerados como boçais pela Igreja por não compreenderam a linguagem por meio da qual lhes eram passados os dogmas do cristianismo (TORRES-LONDOÑO, 2007, p.278).

3.1.2. *A condição jurídica do escravo*

Segundo Agostinho Perdigão Malheiros (1866, p.28), o escravo, para o Direito brasileiro, uma hora era entendido como pessoa, outra, era entendido como coisa. Desta forma, em determinadas situações jurídicas, o escravo possuiria tratamento como pessoa, no entanto, em outras, receberia tratamento de coisa. Um exemplo desta abordagem é o fato de que, para o referido autor, o escravo, no âmbito penal, quando cometesse determinado crime, seria responsabilizado como se pessoa fosse, visto que, neste caso, seria agente do ato delituoso. Já, no âmbito civil, se teria a possibilidade de mercantilização do escravo, não como se uma pessoa fosse, mas, como coisa, propriedade de outrem.

Outro aspecto pontuado por Malheiros (1866, p.2) é que não havia, à época de sua obra, lei alguma que inserisse o escravo como parte integrante do corpo de cidadãos da época, somente se aplicando direitos explícitos aos libertos que possuíam certos poderes políticos, inclusive, de ocupar alguns cargos públicos.

Para distinguir as características de libertos e escravos, Agostinho Perdigão Malheiros (1866, p.2), leciona que ao se reduzir o escravo, em certas situações, à condição de coisa, se consideraria este como objeto inanimado, portanto, morto, privado de todos os direitos e sem poder representativo algum.

Aquele que lê o referido trabalho pode vir a se questionar se haveria na época oitocentista algum direito incidente a favor do escravo. Sobre isto, por incrível que pareça, a resposta é afirmativa. Sim, existiam direitos em benefício do escravo, inclusive, sobre o escravo de ganho – aquele que, a comando e permissão de seu senhor, trabalhava nos centros urbanos com o objetivo de ganhar moeda para seu senhor, vendendo assim, produção e efetivando serviços. O escravo de ganho tinha a possibilidade de comprar sua liberdade através do dinheiro que conseguia economizar com seu trabalho. Fora isso, se garantia ao escravo o direito a um processo perante o seu senhor antes de lhe ser aplicado uma pena (MALHEIROS, 1866, p.12)

Aos senhores dos escravos também não se garantia, na sociedade oitocentista, total controle sobre a vida e a morte dos escravos, somente poderiam castigá-los moderadamente – é claro, no

entanto, que a referida análise do modo do castigo se daria por meio de uma bancada de ideologia favorável ao senhor, mas, ainda assim, já se impunha certa limitação ao poder do senhor sobre o escravo (MALHEIROS, 1866, p.7).

Na sociedade oitocentista, já se tinha uma preocupação com o escravo – mesmo que esta fosse tímida, existia – a exemplo do fato de que o juiz deveria observar suposta humanidade quando da aplicação da pena de açoites sobre o escravo que delinuiu, não se ultrapassando de cinquenta chicotadas por dia. Há de se notar que nem mesmo uma chicotada, para a época atual, seria algo tolerável ou considerável como humano, no entanto, à época, isso era tido como algum avanço, ao mesmo tempo que também era alvo de críticas no sentido de sua revogação pela parcela mais conservadora da época (MALHEIROS, 1866, p.13).

4. A FAMÍLIA DO ESCRAVO NA SOCIEDADE BRASILEIRA OITOCENTISTA

4.1. A concepção de família

O direito canônico, durante muito tempo, exerceu um grande domínio sobre o conceito de família, sendo um importante alicerce de sua formação. Assim, como se abordará a seguir, decorria desta disciplina a concepção de que, só era tida como legitimamente constituída, a família que se concretizasse através de cerimônias religiosas.

A família do século XIX se constituía através do sacramento do matrimônio, o qual era regulado pela Igreja Católica através do Direito canônico, mais especificamente, por meio do documento denominado Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, criada em 12 de junho de 1707. Essas possuíam o entendimento de que o matrimônio era o último sacramento instituído por Cristo, um contrato indissolúvel e de vínculo perpétuo que fazem um homem e uma mulher pertencer um ao outro – Tit. LXII, i. 259, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.139).

O matrimônio foi criado com três finalidades: a primeira finalidade seria a ampliação da população humana disposta para o culto a Deus, isto é, com o propósito de construir uma família

cristã, a qual é temente a Deus e que propaga a sua fé; a segunda finalidade é a recíproca lealdade dos casados e a manutenção da fé destes; por fim, a terceira finalidade seria a inseparabilidade do homem e da mulher, devido ao fato de que a união deles significa a união da Igreja para com Cristo. Ademais, consideravam que o casamento também possui como fim um impedimento da concupiscência – Tit. LXII, i. 260, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.139).

Além disso, somente poderiam se casar as mulheres com doze anos e homens com quatorze anos, ambos completos, e que possuísem capacidade para consentir tal ato. Deveriam também, analisar se não existia algum impedimento para que o casal realizasse o vínculo, ou seja, se existia uma proibição eclesiástica (a Igreja proibindo por um motivo que o casal realizasse o matrimônio durante aquele período); ou um voto de castidade – Tit. LXIV, i. 267, 268, 269 e Tit. LXVII, i. 286, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.141-142;151).

4.2. A família do escravo sob a égide do Direito Canônico

Como previamente abordado, Igreja Católica não possuía o mesmo comportamento na escravidão dos índios quando comparada a escravidão dos africanos, já que com os últimos, além de não questionar a legitimidade do cativo, contribuiu para o tráfico, assegurando preços favoráveis e abastecimentos dos escravos no Brasil. Além de não determinar formas de atendimento religioso, bem como não servindo de exemplo para os senhores de escravos, que descumpriam suas obrigações cristãs, instituídas pelas Constituições Primeiras, perante estes em relação aos seus escravos (TORRES-LONDOÑO, 2007, p. 276).

Após certo período, as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia foram criadas com o objetivo de tratar sobre diversos assuntos da sociedade brasileira da época, dentre estes, a escravidão. Em relação a escravidão, as Constituições vieram com a intenção de ser uma solução para esse problema, e, por isso, vieram com normas claras dos deveres cristãos, principalmente, para os senhores de escravos, os quais tinham, como as mais importantes obrigações religiosas para com os escravos, o ensina-

mento da religião e o cuidado para a realização dos sacramentos, especialmente, o batismo (TORRES-LONDOÑO, 2007, p. 276).

Ademais, as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia impuseram outras regras em relação a vida dentro da escravidão, sobre os senhores de escravos e sobre a Igreja Católica. Algumas destas disposições, discorriam, inclusive, sobre a família dos escravos.

Sobre o tópico da família dos escravos, se faz necessária uma análise mais aprofundada das disposições das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, disposições estas que incidem diretamente ou indiretamente sobre aquela, em prol de uma compreensão mais coerente de quais direitos e deveres emanavam dos familiares do escravo perante a sociedade oitocentista, foco do presente trabalho.

4.2.1. Na educação religiosa

As Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia possuíam um título específico, o título XXXII, para determinar a obrigação que os padres teriam de ensinar e propagar a doutrina da Igreja Católica para seus fiéis e para converter os escravos para sua religião. Esse título tratava sobre toda a forma da doutrina cristã, a exemplo das orações, dos mandamentos, dos sacramentos (VIDE, 1853, p.244-254)

Além disso, nesse título havia uma breve instrução de como os padres deveriam agir para confirmar que o escravo já havia passado pelos ensinamentos da doutrina cristã. A instrução era que deveriam fazer perguntas aos escravos e esses deveriam responder corretamente:

Quem fez este mundo? Deos. Quem nos fez a nós? Deos. Deos onde está? No Ceo, na terra, e em todo mundo. Temos um só Deos, ou muitos? Temos um só Deos. Quantas pessoas? Tres. Dize os seus nomes? Padre, Filho, e Espirito Santo. Qual destas Pessoas tomou a nossa carne? O Filho. Qual destas Pessoas morreo por nós? O Filho. Como se chama este Filho? JESUS Christo – Tit. XXXII, iii. 579, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.251).

Ademais, o título II do mesmo documento, bem como título III, também determinam que os senhores devem ensinar a doutrina

cristã para os escravos, que são carentes dessa fé devido a sua rudez, por isso era necessário que eles aprendessem tal religião:

Artigos da Fé, para saberem bem crer; o Padre Nosso, e Ave Maria, para saberem bem pedir; os Mandamentos da Lei de Deos, e da Santa Madre Igreja, e os peccados mortaes, para saberem bem obrar; as virtudes, para que as sigão; e os sete Sacramentos, para que dignamente os recebão, e com eles a graça que dão, e as mais orações da Doutrina Christã, para que sejam instruídos em tudo o que importa a sua salvação - Tit. II, i. 04, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.34).

Para as Constituições do Arcebispado da Bahia, os ensinamentos da doutrina católica aos escravos eram todos da responsabilidade dos senhores desses. Contudo, caso o senhor já tivesse feito de tudo para alcançar esse objetivo e os escravos, tidos como rudes e incapazes, não conseguissem aprender, a igreja possibilitava que a responsabilidade desse ensinamento passasse para os Vigários e Curas. Tal situação somente poderia acontecer em casos realmente complicados da educação da doutrina, e não como forma de repassar a obrigação – Tit. XIV, i. 55 e 56, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.54).

Assim, observa-se que, perante a visão da Igreja Católica oitocentista, os escravos, especificamente africanos, possuíam uma rudez inerente que, por assim dizer, seria uma suposta inferioridade em sua essência. A partir deste entendimento, as Constituições Primeiras passaram a prever que a educação religiosa seria o veículo por meio do qual se superaria tal mácula intrínseca daqueles que possuíam sua liberdade vilipendiada.

Sendo assim, a educação religiosa que a Igreja Católica e os senhores impunham aos escravos, permitia que esses se tornassem oficialmente cristãos, abandonando, em tese, qualquer que fosse sua crença religiosa. Consequentemente, possibilitava que os escravos constituíssem suas famílias de forma legítima perante o Direito Canônico, se tendo a expectativa de estes repassarem as orações, os mandamentos e os sacramentos cristãos aos seus filhos.

4.2.2. No batismo

O batismo para a Igreja Católica é o primeiro sacramento que o cristão deve realizar, e um dos mais importantes, pois é com esse

que a pessoa apaga todos os pecados já cometidos e o pecado original. É também quando a pessoa se torna filho legítimo de Deus e o qual se compromete a seguir sua fé e propagar sua palavra, além de conceder a permissão para que os outros sacramentos aconteçam, ou seja, o batismo, para a doutrina católica, é o momento em que o ser humano se torna legitimamente cristão (COMUNIDADE CANÇÃO NOVA, 2020, p.1).

Para o direito canônico, para que um adulto seja considerado batizado é necessário que a pessoa manifeste consciência, capacidade e o desejo de receber o batismo, tendo o conhecimento mínimo da doutrina católica e fé nessa, além, é claro, de que estejam arrependidos de seus pecados – Tit. XIV, i. 47 e 49, Constituições do Arcebispo da Bahia (VIDE, 1853, p.50-51).

Ademais, em relação aos escravos, a igreja deverá seguir as instruções do título XXXII das Constituições do Arcebispo da Bahia, já relatados anteriormente. Devendo, portanto, fazer as seguintes perguntas aos escravos:

50 Queres (17) lavar a tua alma com agoa santa? Queres comer o sal de Deos? Botas fóra de tua alma todos os teus pecados? Não has de fazer mais peccados? Queres ser filho de Deos? Botas fóra da tua alma o demonio? – Tit. XIV, i. 50, Constituições do Arcebispo da Bahia (VIDE, 1853, p.52).

É necessário evidenciar que, no item 52, do título XIV, das Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia, a Igreja Católica deixa explícito que seus súditos devem se esforçar para que ocorra a conversão dos escravos para a fé deles e, conseqüentemente, seja realizado o sacramento do batismo (VIDE, 1853, p.52).

Além disso, o Direito canônico determinava que, se os escravos fossem filhos de infiéis, tivessem nascido em poder de seu senhor ou possuíssem até sete anos, seriam batizados ainda que os pais não quisessem. Para aqueles escravos, filhos de infiéis e com idade superior a sete anos, a igreja mandava que o senhor conversasse com os pais e os influenciasse para que ocorresse o batismo da criança escrava, sendo que, acontecendo esse sacramento, o senhor passava a ser o responsável pela formação da criança enquanto um bom cristão e pela proteção desta em relação a uma posterior persuasão dos pais infiéis para um caminho diferente

da crença cristã – Tit. XIV, i. 53, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.53).

É importante destacar que, segundo o item 57, do título XIV, as pessoas maiores de sete anos eram consideradas com consciência para tomar suas próprias decisões. Por isso, as Constituições estabelecem que essas apenas poderiam ser batizadas se fornecessem seu próprio consentimento (VIDE, 1853, p.54-55).

Portanto, percebe-se que o Direito Canônico restringia o poder familiar do pai que era escravo, uma vez que este não poderia impor sua vontade sobre as crianças por ser o seu senhor o responsável pela educação religiosa daquele escravo que nascesse sob seu poder. Desta forma, retirava-se a oportunidade de os pais ensinarem sobre as próprias crenças aos filhos. Sendo que, somente seriam considerados conscientes, as crianças que já tivessem mais de sete anos quando da época em que foram adquiridas pelo senhor, a estas se ressalvava o poder de escolha quanto o batismo.

4.2.3. No matrimônio

O Direito canônico permitia o matrimônio dos escravos com outras pessoas cativas ou com pessoas livres, sendo que o senhor não tinha o direito de impedir tal ato, nem podia definir o uso desta situação em tempo ou lugar que julgasse conveniente. Por causa do casamento dos escravos, o senhor passava a não poder maltratá-lo em razão disso, e, muito menos, vendê-lo para lugar no qual o casal não poderia viver junto, isso não poderia acontecer nem antes do matrimônio, nem depois desse – Tit. LXXI, i. 303, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.157).

Contudo, o casamento dos escravos só seria realizado, segundo o direito canônico, se o casal tivesse a capacidade para o ato e possuísse o conhecimento da doutrina cristã, que seria, no mínimo, saber o Padre nosso, a Ave Maria, o creio em Deus padre, os mandamentos da lei de Deus e da igreja e que entendiam o significado do matrimônio e sua obrigação, deseja continuar, através do matrimônio, seu serviço a Deus – Tit. LXXI, i. 304, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.157-158).

Deve-se observar ainda, que o fato de o escravo ter contraído o matrimônio, não interferia nos serviços que esse prestava a seu

senhor, o escravo permanece como antes era do casamento – Tit. LXXI, i. 303, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.157).

Ademais, faz-se necessário notar que se a Igreja Católica suspeitava de que alguns escravos, já convertidos a doutrina deles, estavam casados, mas não na forma do sacramento da igreja. Acerca deste tipo de situação, para a instituição, esse matrimônio formado fora da doutrina cristã era considerado ilegítimo, obrigando assim, a dispensa deste em prol da realização do matrimônio sob a diretriz cristã – Tit. LXXI, i. 304, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.157-158).

Dessa forma, a Igreja Católica impedia que os escravos se casassem fora da doutrina cristã, violando assim, a liberdade do escravo de poder escolher como e por meio de qual crença casaria, o que, nos dias atuais, seria uma violação ao direito fundamental da liberdade religiosa, previsto no art. 5º, VI, da CF/88.

4.2.4. No concubinato

O concubinato consistia em uma relação entre um homem e uma mulher de forma duradora e que não estava de acordo com as normas canônicas. Para a Igreja Católica, o concubinato era considerado um pecado, e, por isso, as pessoas que viviam nessa relação deveriam ser repreendidas para que tivessem um comportamento correto, incidindo sobre estas, de penas pecuniárias às penas de prisão – Tit. XXII, v. 979, Constituições do Arcebispado da Bahia (VIDE, 1853, p.370).

Em relação aos escravos, esses possuíam uma maior tendência em viver em concubinato, visto que não seguiam o previsto para os casamentos considerados legítimos e lícitos para a época.

A Igreja também ordenava que houvesse uma repreensão pela referida conduta dos escravos com intuito de os afastar do ilícito em que viviam, seja pelo matrimônio sob a diretriz cristã, pela prisão ou exílio – as últimas ocorriam ainda que tais medidas trouxessem prejuízo aos senhores pela não utilização dos serviços dos escravos. Além disso, a Igreja impossibilitava a pena pecuniária para os escravos, dificultando assim, o adimplemento de tais obrigações de maneira branda, tal qual ocorria para os ci-

dadãos e libertos – Tit. XXII, v. 989, Constituições do Arcebispo da Bahia (VIDE, 1853, p.372).

4.2.5. Direitos decorrentes das Constituições do Arcebispo da Bahia

Os senhores de escravos interessados somente no benefício próprio que conseguiam com o trabalho de seus escravos, independentemente de qual serviço eles faziam, proibiam que estes tivessem um dia de descanso, obrigando-os a trabalharem nos sete dias da semana, abusando-os fisicamente e psicologicamente (TORRES-LONDOÑO, 2007, p. 276)

Entretanto, as Constituições do Arcebispo da Bahia, em seu item 879 e 880, do título XIII, passaram a proibir tal crueldade, impondo que os senhores concedessem ao menos um dia de descanso, com a justificativa de que eles estariam indo contra o ideal cristã e contra as leis de Deus. Tanto é que os dias que a Igreja tratava para que eles tivessem como dia livre eram aos domingos (que é o dia do Senhor e de missa) e nos outros dias santos (VIDE, 1853, p.340).

Ademais, um outro direito que os escravos conseguiram com as constituições foi a possibilidade de ser enterrado em local sagrado pelo seu senhor, se esse tivesse sido batizado e não possuísse algum impedimento, não poderia, simplesmente, ser enterrado em qualquer lugar. Além disso, o senhor era obrigado a solicitar uma missa para cada escravo que falecesse – Tit. LIII, iv. 844 e Tit. LI, iv. 838, Constituições do Arcebispo da Bahia (VIDE, 1853, p.326-327).

5. CONCLUSÃO

A Igreja Católica sempre interferiu e influenciou tanto a sociedade quanto o próprio governo brasileiro. Portanto, a Igreja era, a princípio, uma entidade que exercia dominação através de um controle social, político e cultural.

Uma destas formas de controle acontecia através do Direito Canônico, que regulamentava os dogmas pregados pela religião católica, fiscalizava o cumprimento desses e penalizava aqueles não os adimpliam ou que cometiam atos indesejados pela Igreja.

Embora a Igreja Católica possuísse tamanha importância na vida social e política brasileira, ela não utilizava, nos primórdios, essa importância para defender os povos africanos que eram forçados ao nosso país para serem escravizados, isso porque acreditavam que eles eram seres inferiores por sua natureza.

Além disso, se pode observar que existia uma indeterminação quanto se o escravo era coisa ou pessoa, já que, no âmbito penal, ele era tratado como pessoa em determinados casos, mas, no âmbito civil e político, eles eram coisas. Ademais, ainda que se encontrassem em tal situação complexa perante o Direito, os escravos possuíam alguns direitos designados pelas legislações.

Dentre outros objetivos, com o intuito de conceder direitos e impor deveres da religião católica para os escravos, bem como de reparar a suposta situação de inferioridade natural em que eles estavam, criou-se as Constituições dos Arcebispados da Bahia de 1707.

Portanto, apesar da Igreja Católica, a princípio, negligenciar os escravos por acreditarem que esses eram inferiores em essência, a instituição, posteriormente, apresentou certos direitos para aqueles escravos que seguiam a sua religião.

Sendo assim, a referida instituição, através das Constituições do Arcebispado da Bahia, concedia o batismo para aquele escravo que era adepto de seus dogmas; permitia o casamento dos escravos com outros escravos ou desses com pessoas livres, impedindo interferência do senhor; permitia o fornecimento de educação religiosa e impunha esta como uma obrigação do senhor; concedia o direito do domingo livre de trabalho, de um enterro digno e uma missa por cada escravo falecido.

Em suma, pelo referido documento, ao mesmo tempo que se previu direitos cristãos ao escravo e sua família, é possível se extrair algumas obrigações adicionais sobre estes, visto que: além de ser educado pela doutrina cristã, o escravo, enquanto pai, devia guiar sua criança à esta; devia constituir família através dos ritos matrimoniais considerados legítimos pela religião cristã, abstenendo-se assim, de sua própria religião; e, se não cumprissem tais ritos matrimoniais, incorreriam em pena de prisão ou exílio, não se aplicando, apenas as multas pecuniárias como ocorria com os libertos.

Por tudo quanto exposto, a Igreja Católica e, conseqüentemente, o Direito Canônico, influenciaram e interferiram nas relações familiares dos escravos brasileiros oitocentistas, justificando, em primeiro momento, o ato vil de escravizar, por razões fundadas em um suposto direito natural, mas, posteriormente, fornecendo direitos àqueles escravos que passaram a ser adeptos da religião cristã, inclusive, atingindo extensivamente a família destes.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Dermi. *A Igreja Católica e seu papel político no Brasil*. Estud. av., São Paulo, v. 18, n. 52, p.109-120, Dec. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000300009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 Mar. 2020.
- BBC NEWS. *Brasil tem 155 mil pessoas em situação de escravidão, diz ONG*. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141117_escravidao_brasil_mundo_pai Acesso em: 01 jun. 2020.
- COMUNIDADE CANÇÃO NOVA. *O santo batismo é o fundamento de toda a vida cristã*. São Paulo: Equipe de formação Canção Nova, 2020. Disponível em: <https://formacao.cancaonova.com/igreja/doutrina/o-santo-batismo-e-o-fundamento-de-toda-vida-crista/> Acesso em: 27 ago. 2020.
- G1PA. *Dados do Min. da Economia que apontam redução de 60% do trabalho escravo no PA não refletem realidade, dizem especialistas*. Disponível em: <https://g1.globo.com/pa/para/noticia/2020/02/03/dados-do-ministerio-da-economia-que-apontam-diminuicao-de-quase-60percent-do-trabalho-escravo-no-pa-nao-refletem-realidade-dizem-especialistas.ghtml> Acesso em: 01 jun. 2020.
- JOHNSON, Paul. *A History of christianity*. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social, vol.1*. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1866-1867. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/174437> Acesso em: 28 mar. 2020.
- MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. *A escravidão no Brasil: ensaio histórico-jurídico-social, vol.3*. Rio de Janeiro: Typ. Nacional, 1866-1867. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/174437> Acesso em: 28 mar. 2020.

MENDES, Cândido. *Direito civil eclesiástico brasileiro antigo e moderno em suas relações com o direito canonico*. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1866-1873. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/227308> Acesso em: 15 mar. 2020.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 5ª Ed, 2010.

TORRES-LONDOÑO, Fernando. *Igreja e escravidão nas constituições do Arcebis-pado da Bahia de 1707*. **Revista Eclesiástica Brasileira**, [S.l.], v. 67, n. 267, p. 609-624, abr. 2007. ISSN 2595-5977. Disponível em: <http://revista-eclesiasticabrasileira.itf.edu.br/reb/article/view/1501>. Acesso em: 28 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.29386/reb.v67i267.1501>.

VIDE, Sebastião Monteiro da. *Constituições Primeiras do Arcebis-pado da Bahia de 1707*. Salvador: Reimpr., 1853. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/222291>. Acesso em: 27 ago. 2020.

Capítulo XV

O papel das negociações coletivas
de trabalho em meio a pandemia
do coronavírus: uma análise
ponderada acerca da participação
dos sindicatos neste processo

Priscila Danielle Baraúna Milcent Ramos de Araújo

Graduanda em Direito pela
Faculdade Baiana de Direito e Gestão.

O papel das negociações coletivas de trabalho em meio a pandemia do coronavírus: uma análise ponderada acerca da participação dos sindicatos neste processo

RESUMO: O presente artigo aborda de forma minuciosa o instituto da negociação coletiva, como propulsor de justiça social, representando um direito adquirido pelos trabalhadores tanto por lei ordinária, como pela Constituição Federal. Entretanto, face a crise ocasionada pelo coronavírus exporemos através de levantamentos doutrinários e judiciais que, o direito em questão, vem sendo diametralmente violado para se priorizar a celebração de acordos individuais que, por sua vez, colocam os trabalhadores em posição vulnerável e propensa a arbitrariedade patronal. Nesse sentido, faremos uma análise crítica acerca da importância da negociação coletiva como instrumento apto a conferir equilíbrio aos contratos trabalhistas, bem como, teremos um enfoque na participação sindical neste processo, uma vez, que a entidade em questão é a única que possui o condão de firmar acordos e convenções coletivas. Para uma análise ainda mais abrangente serão feitas considerações iniciais

acerca do direito coletivo, além de ser uma avaliação precisa referente as modificações perpetradas pela Reforma Trabalhista em ambos os institutos ora mencionados, visando debater seus reflexos práticos.

Palavras-Chave: negociação coletiva; organização sindical; coronavírus; direito coletivo; Consolidação das Leis do Trabalho.

ABSTRACT: This article discusses, in detail, how collective bargaining acts as a propeller of social justice, representing a right acquired by workers both by ordinary law and by the Federal Constitution. However, in the face of the crisis caused by coronavirus, we will expose through doctrinal and judicial surveys that the rights in question have been extensively violated to prioritize individual agreements that, in turn, place workers in a vulnerable position and prone to employer arbitrariness. In this sense, we will make a critical analysis about the importance of collective bargaining as an instrument capable of balancing labor contract; additionally, we will focus on the participation of labor unions in this process, since the entity in question is the only one with the right to sign collective agreements and conventions. For an even more comprehensive analysis, initial considerations about collective law will be made, in addition to having a precise assessment regarding the changes perpetrated by the labor reform in the aforementioned institutes, aiming to debate their real-life consequences.

Keywords: collective bargaining; labor unions; coronavirus; collective rights; Consolidation of Labor Laws (Brazil).

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 DIREITO COLETIVO 2.1 PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO 3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A ORGANIZAÇÃO SINDICAL À LUZ DA LEI N. 13.467/17 4 O PAPEL DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS EM MEIO A PANDEMIA DO COVID-19 4.1 A ATUAÇÃO DOS SINDICATOS NO PERÍODO DE CALAMIDADE PÚBLICA 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O atual cenário de calamidade pública no país, decorrente da pandemia do COVID-19, mostra-se extremamente desafiador para o direito, posto que este teve de se reinventar e adotar uma postura, cada vez mais, flexível e colaborativa, para regular a vida em sociedade. Contudo, à medida que o direito vai se adaptando a esta nova realidade, necessitamos que este não perca seu viés protetivo, visto que isto apenas colocaria os cidadãos brasileiros em uma posição ainda mais prejudicial. Nesse sentido, entendemos que a ponderação de direitos feita durante esta crise sanitária sem precedentes, deve priorizar o interesse coletivo, objetivando um alcance maior e uma diminuição das aflições da população, de modo a não acentuar a crise à longo termo.

Neste ensejo, percebemos que no âmbito trabalhista, o governo federal, ao promulgar medidas provisórias de urgência, acabou privilegiando a realização de acordos individuais em detrimento de negociações coletivas para pactuar diversos direitos que se encontram relativizados em decorrência da pandemia. Não obstante, a atitude em comento, demonstrou-se ainda mais maléfica para os empregados, pois estes não possuem paridade de armas em relação ao empregador para negociar igualmente melhores condições de trabalho, visto que esta atribuição é inerente as entidades sindicais, causando-se assim, um desequilíbrio danoso à esta parte mais fraca do contrato.

Ver-se à, desta forma, que o acordo individual não se mostra efetivo, neste momento, para solucionar demandas que se mostram

nitidamente coletivas, enquanto a negociação coletiva que abrange as figuras dos acordos e convenções, está totalmente apta a formalizar normas que resguardem os direitos dos trabalhadores, uma vez que o dispositivo legal fruto do processo de negociação confere segurança jurídica as partes evitando o surgimento de novos entraves a respeito da matéria que foi objeto do litígio.

Vale mencionar também que as pautas reivindicatórias que serão negociadas mediante instrumento coletivo, presumem-se estar em consonância com as demandas de determinada categoria profissional, visto que estas são previamente aprovadas e discutidas em assembleia sindical e quando aprovadas, possuem eficácia *erga omnes*, produzindo, portanto, reflexos nos contratos individuais de trabalho. Salienta-se, ainda, que a organização sindical possui autonomia privada coletiva que confere a esta organização ampla liberdade para negociar, bem como, para manifestar a sua vontade de modo a estabelecer o conteúdo das relações jurídicas que participa, sem restrição e intervenção das autoridades públicas.

Sendo assim, o presente artigo passará a analisar as particulares da negociação coletiva para que se compreenda e reflita acerca de como este instrumento se mostra o mais adequado para atender as demandas trabalhistas advindas da situação de emergência pública que assola o país, bem como, se examinará de forma detalhada como se mostra a atuação sindical neste processo, visto que os aludidos institutos se encontram intimamente interligados.

O tema em questão mostra-se de notória relevância social, visto que a insuficiência do contrato individual de trabalho gera implicações práticas prejudiciais aos empregados estando em desconhecimento com as metas governamentais de manutenção do emprego e da renda. Além disso, o tema possui grande importância jurídica, visto que analisa criticamente os dispositivos trabalhistas que foram elaborados em meio a pandemia além de traçar um paralelo referente a consolidação destes direitos no ordenamento jurídico pátrio, para que se perceba como as suas premissas fundamentais foram e vem sendo desrespeitadas em um momento crítico que o Estado deveria prezar pelo reestabelecimento da ordem e não sinalizar risco a subsistência dos trabalhadores ao reforçar o individualismo da liberdade aparente do trabalhador.

Outrossim, o método utilizado nesta pesquisa será o método hipotético-dedutivo, idealizado por Karl Popper, visto que há lacunas e problemas nos conhecimentos prévios, e a partir delas serão formuladas hipóteses, que, serão testadas através da técnica do falseamento. Deste modo, as hipóteses serão confrontadas com a realidade buscando atender aos problemas de pesquisa, que por seu turno, será predominantemente bibliográfica, visto que envolve inúmeros entendimentos jurisprudências e doutrinários. Registra-se que em decorrência da matéria ser trabalhista, o uso da legislação será imprescindível.

2. DIREITO COLETIVO

Segundo o ilustre autor Luciano Martinez (2012, p.663) o direito coletivo seria:

O segmento do ramo laboral que regula, mediante específicos princípios e regras, a organização, a atuação e a tutela das entidades coletivas trabalhistas com o objetivo de disciplinar suas inter-relações e de, finalisticamente, empreender a melhoria nas condições de trabalho e produção.

Logo, conforme Amauri Mascaro Nascimento (2009, p.1215) podemos afirmar que o direito coletivo analisa as relações laborais em uma perspectiva *lato sensu*, posto que encontra-se pautado em interesses comuns à empregados que compõem uma mesma categoria profissional em detrimento de se basearem em conflitos individuais ou casos isolados do âmbito trabalhista, o que faz do aludido direito importante mecanismo para dirimir injustiças sociais e para resguardar a satisfação dos empregados na seara trabalhista.

Ressalva-se, ainda, que, o direito coletivo tem como objeto de estudo a organização sindical, a representação dos trabalhadores, a negociação coletiva e o direito de greve, que, por serem indispensáveis para a caracterização do referido instituto, passarão a ser analisados de forma pormenorizada no presente estudo.

No que tange ao direito de greve, percebe-se que este se mostra crucial para a consolidação do Estado Democrático de Direito, e encontra-se respaldado pela CF/88 em seu art. 9º, que preceitua: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores

decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”

Deste modo, vemos que a greve é um instrumento que viabiliza aos empregados a oportunidade de pressionarem seus respectivos empregadores na busca pelo atendimento de demandas da classe trabalhadora, o que será feito por meio de uma paralisação na prestação de serviços dos funcionários de modo temporário e pacífico. Recomenda-se ainda, que para a potencialização dos efeitos almejados pelo direito de greve, haja a presença ativa dos sindicatos, concedendo-se assim, voz aos interesses da coletividade. Ademais, vale mencionar que o referido direito somente será exercido, no caso concreto, se não for possível resolver as questões trabalhistas diretamente com empregador através do diálogo. (DELGADO, 2012, p.1426)

Já no que se refere a organização sindical, é notório que esta entidade também merece destaque como pressupõe Amauri Nascimento (2009, p. 1294), pois atua e existe sob o pretexto de resguardar os direitos dos trabalhadores, estando, de igual modo, prevista no bojo do texto constitucional em seu art. 8º. Entretanto, é importante frisar que apesar dos sindicatos terem como propósito basilar a luta por interesses sociais, econômicos e profissionais de um determinado grupo vinculado a uma atividade laboral específica, a organização em comento possui inúmeras outras atribuições, sendo a principal destas, a possibilidade de se celebrar negociações coletivas. Isso porque, a entidade sindical e a negociação coletiva são ramos do direito coletivo que se complementam mutuamente, como podemos inferir através do art. 8º, VI da CF que prevê: “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

Neste contexto, percebe-se que a negociação coletiva é um instrumento apto a conferir direitos aos trabalhadores, sendo uma ferramenta de modernização das relações trabalhistas, bem como, trata-se de uma forma de autocomposição que deve ocorrer, necessariamente, antes das partes buscarem a solução do litígio por meio dos Tribunais do Trabalho como dispõe o art. 114, §2º da CF/88. A importância deste instituto reside no fato que, o processo de negociação será feito pelo sindicato de empregados como forma de se alcançar a criação de uma norma específica, podendo

se utilizar do acordo ou convenção coletiva para atingir este fim. (RODRIGUES, 1996, p. 53)

A diferença entre acordo e convenção como aduz João de Lima Teixeira Filho (2005, p.1209) consiste nos sujeitos que negociam, em que na primeira hipótese, haverá participação do sindicato de empregados negociando diretamente com a empresa ou grupo de empresas e na segunda hipótese teremos o sindicato de empregados negociando diretamente com o sindicato dos empregadores. Vale mencionar também que segundo o art. 7º, XXVI da CF/88, mostra-se como direito constitucional do trabalhador que este, obtenha o reconhecimento das convenções e acordos coletivos firmados em âmbito trabalhista.

Por fim, temos a figura da representação dos trabalhadores que se encontra prevista no art. 11 da Lei Maior, bem como, fora regulamentada pelos arts. 510-A, 510-B, 510-C e 510-da CLT, e que, por sua vez, visa promover um ambiente de comunicação ainda mais próximo do empregador dentro das relações trabalhistas. Este ramo do direito coletivo, pressupõe que haja uma representação dos funcionários dentro da própria empresa para que se aprimore e inove as formas de solucionar os conflitos, sendo inclusive, uma hipótese mais específica que o sindicato, pois apenas abrange as reivindicações dos empregados de uma mesma empresa, o que não retira, contudo, seu caráter coletivo para fins legais. (BENHAME, 2019, p. 06)

2.1. Princípios que regem o Direito Coletivo do Trabalho

É importante destacar que o direito coletivo é regido, principalmente, pelos princípios da: liberdade associativa e sindical, princípio da autonomia sindical, princípio da adequação setorial negociada, princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva, princípio da intervenção sindical na normatização coletiva, princípio da equivalência dos contratos coletivos e princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva, logo, teceremos, sumariamente, comentários acerca de cada um dos princípios em comento.

Primeiramente, no que se refere ao princípio da liberdade associativa e sindical, este encontra-se previsto no art. 5º, inciso XX da CF/88 demonstrando que o ato de associação decorre da livre manifestação de vontade dos indivíduos, isto é, para qualquer re-

união estável e pacífica, bem como, se confere a prerrogativa aos cidadãos de livre criação e extinção de sindicatos. Já no que tange ao princípio da autonomia sindical se pressupõe a capacidade de autogestão dos sindicatos, ou seja, a livre estruturação interna e externa dos sindicatos, impedindo assim, uma interferência contínua dos órgãos de controles administrativos estatais na atuação da organização sindical. (PINTO, 1998, p. 78)

Ao se tratar do princípio da adequação setorial negociada será analisada a conformidade entre as normas advindas da negociação coletiva e aquelas que nasceram da legislação estatal, visando resguardar direitos protegidos pelo ordenamento jurídico pátrio. Nesta seara, percebemos que o princípio supracitado guarda íntima relação com o princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva, uma vez que este autoriza o sindicato a elaborar normas jurídicas desde que estas estejam em consonância com as disposições legais. O princípio da intervenção sindical na normatização coletiva, por sua vez, exige que a negociação coletiva seja submetida ao crivo dos sindicatos, para que assim, seja resguardado os direitos inerentes a classe trabalhadora. (GARCIA, 2008, p.1050)

No que se refere ao princípio da equivalência dos contratos coletivos, nota-se que é exigido das partes natureza jurídica idêntica e instrumentos eficazes para defesa dos interesses, impedindo assim, que determinado contratante seja submetido as vontades da parte contrária. Além disso, o princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva, significa que os acordos coletivos deverão ser públicos e as partes deverão ser leais à aquilo que foi pactuado, para que não atuem de maneira contraditória, visando, portanto que os contratos coletivos possuam efetiva concretização prática. (DELGADO, 2012, p. 1315)

3. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A ORGANIZAÇÃO SINDICAL À LUZ DA LEI N. 13.467/17

De tudo que foi acima exposto e discutido, nota-se que ao ocorrer determinado conflito trabalhista, o instituto mais utilizado para a concretização de direitos dos trabalhadores é a negociação coletiva, posto que se irá buscar por meio do diálogo, a pactuação de melhores condições de trabalho e emprego. Como fora visto

também, é impossível dissociar o estudo da negociação coletiva ao estudo das organizações sindicais, posto que os sindicatos estarão sintonizados com a realidade profissional da respectiva categoria, estando aptos a defender seus interesses.

Sendo assim, podemos afirmar que com a reforma trabalhista promovida por meio da Lei n. 13.467/17 houve uma valorização, ainda maior, da negociação coletiva no ordenamento jurídico pátrio, concedendo a esse instituto, cada vez mais, prestígio. Isso porque a lei em comento, incluiu, dentre outras mudanças, o §3º ao art. 8º da CLT que pressupõe uma intervenção mínima da Justiça do Trabalho na autonomia da vontade coletiva, bem como, passou-se a prever a prevalência do negociado sobre o legislado como dispõe o art. 611-A da CLT, criando-se assim, um rol exemplificativo que demonstra a abrangência das matérias que poderão ser objeto de negociação coletiva e que, no caso concreto, irão se sobrepor a legislação heterônoma. (LIMA, 2017, p.09).

Cumprе mencionar também que a prevalência do negociado sobre o legislado não poderá reduzir ou suprimir os direitos que se enquadram como patamar civilizatório mínimo dos trabalhadores, previstos no art. 611-B da CLT, demonstrando-se assim, que o legislador criou um rol taxativo que limita a autonomia sindical na negociação coletiva, fazendo com que a prevalência do negociado se mostre relativa em detrimento de absoluta. Não obstante, podemos afirmar que é possível que se reduza salário, por meio de acordo ou convenção coletiva desde que sejam seguidos os requisitos previstos em lei, fazendo com que a hipótese em comento se mostre como uma exceção ao que dispõe o art. 611-B da CLT. (CORREIA; MIESSA, 2018, p. 712)

Outra mudança trazida pela Reforma Trabalhista foi aquela disposta no art. 614, §3º da CLT em que, foi afastada a aplicação da ultratividade das convenções e acordos coletivos de trabalho, trazendo para estes, prazo de validade de no máximo 2 anos, dando assim, uma maior liberdade as partes de rediscutirem os termos estipulados nestes instrumentos ao final do prazo em questão. Nota-se que essa alteração foi extremamente vantajosa, uma vez que impede a prorrogação *ad aeternum* das referidas negociações e faz com que aquilo que for pactuado por meio do instrumen-

to coletivo esteja sempre em conformidade com as demandas dos empregados.

À luz da Lei 13.467/17, também devemos fazer menção ao art. 620 da CLT que preconiza: “As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.”, logo, percebe-se que apesar da norma em comento ter inovado no que tange a matéria de negociação coletiva, sendo, portanto, imprescindível a sua menção no presente estudo, este dispositivo gera grandes debates em âmbito doutrinário acerca de sua inconstitucionalidade.

Isso porque, o dispositivo em questão vai de encontro ao princípio constitucional implícito da norma mais favorável, que pressupõe em âmbito trabalhista, que no conflito entre duas normas aplicáveis ao caso concreto, deve ser aplicada aquela mais benéfica ao trabalhador. Por outro lado, o artigo supramencionado expressamente dispõe que ainda que a convenção coletiva se mostre prejudicial em determinada situação, esta irá se sobrepor ao acordo, restando nítido o descompasso da norma sob análise com os direitos inerentes aos trabalhadores. (VIVEIROS, 2018, p.343)

Já no que se refere as mudanças perpetradas pela Reforma Trabalhista que impactaram diretamente as organizações sindicais, podemos mencionar que a principal se refere a retirada da compulsoriedade da contribuição sindical que se encontrava prevista no art. 579 da CLT, passando a este valor se tornar facultativo. Nesse sentido, nota-se que, previamente a reforma, o empregador, necessariamente descontava da remuneração do empregado o equivalente a um dia de trabalho que seria, por sua vez, repassado ao Sindicato, não obstante, com o advento da Lei 13.467/17, o pagamento deste valor passou a depender de uma autorização expressa e prévia do trabalhador, fazendo com que a principal fonte de arrecadação dos Sindicatos desaparecesse. (DIESSE, 2018, p.12)

Com a retirada do caráter obrigatório da contribuição sindical, é nítido que houve uma crescente desvalorização deste instituto na visão do trabalhador, contudo, conforme o que fora mencionado no decorrer deste estudo, percebe-se que os sindicatos se mostram vitais para resguardar os direitos dos empregados, especialmente porque a referida organização possui paridade de armas

para impor sua vontade em relação ao empregador, dando voz as reivindicações dos trabalhadores. Salienta-se, ainda, que, as negociações coletivas firmadas em âmbito trabalhista possuem eficácia *erga omnes*, ou seja, irão gerar reflexos nos contratos individuais daquela categoria profissional da qual foi objeto a negociação, demonstrando assim, a sua magnitude prática.

4. O PAPEL DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS EM MEIO A PANDEMIA DO COVID-19

É nítido que o Poder Público optou por priorizar os acordos individuais como forma de enfrentar a emergência da saúde pública que assola o país, como podemos perceber por meio das redações atribuídas a MP 927/2020 e MP 936/2020 que, por sua vez, fizeram com que o instituto da negociação coletiva assumisse papel de coadjuvante em um momento em que a legislação estatal deveria conceder a este um maior campo de atuação. Isso porque, face a pandemia ocasionada pelo COVID-19, vemos a retirada em massa, de direitos que foram adquiridos pelos trabalhadores e que geram, principalmente, consequências coletivas em detrimento de individuais, o que demanda a existência de entidades sindicais atuantes para servir os interesses de seus representados, posto que, caso contrário, o trabalhador passa a se submeter as vontades do empregador, sendo, portanto, oprimido.

Contudo, cumpre mencionar que a MP 936/2020 foi convertida na Lei n. 14.020/2020 na data de 06 de julho de 2020, acabando por promover reformas pontuais no texto original da aludida medida, bem como, trouxe providências complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública, tais como, estabeleceu novos limites salariais para realização do acordo individual, afetando o alcance da negociação coletiva, e trouxe elucidacões acerca das regras de transição referentes aos acordos firmados na vigência da MP 936/2020 estabelecendo que estes preservam sua validade e se regem-se pelos ditames nela prevista, tornando assim, imprescindível o estudo tanto da medida em comento, como da Lei n.14.020/2020.

Nesse sentido, passo a analisar algumas das principais mudanças promovidas pelas medidas provisórias ora mencionadas e que afastam o papel das negociações coletivas em meio a situação

de pandemia, bem como, articularei comentários críticos a respeito das consequências práticas que foram e continuam sendo ocasionadas pelas normas em questão. Outrossim, mostrarei algumas das alterações promovidas pela Lei 14.420/2020 com enfoque naquelas que dispõem acerca das negociações coletivas e da atuação sindical.

Inicialmente, a MP n 927 de 22/03/2020 dispõe sobre as questões trabalhistas para o enfrentamento da situação de calamidade pública prevista no Decreto Legislativo n 6 de 20/03/2020 visando a preservação do emprego e da renda e dentre as inúmeras alterações que esta norma providenciou convém destacar a realizada em seu art. 2º, posto que se criou uma cláusula aberta para o empregador enquanto durar o período de calamidade, no sentido de que tudo que for acordado individualmente e de forma escrita entre este e o empregado poderá se sobrepor a própria CLT, sendo apenas exigido que o que for acordado esteja em consonância com a CF/88. (ANJOS, 2020, p. 02)

Logo, percebe-se que o referido artigo deixou muitos empregados em situação de vulnerabilidade, posto que pode ser acordado com o empregador a suspensão total do pagamento enquanto durar a calamidade ou até mesmo o pagamento parcial dos salários, bem como pode se ajustar que o empregado não receba valor de natureza salarial e sim, determinado valor à título de ajuda de custo, demonstrando assim, o impacto concreto da ausência de negociações coletivas para os trabalhadores. Registra-se, também, que o artigo supracitado mostra-se como uma clara contradição ao art. 611-A da CLT, visto que este prevê que a norma coletiva se sobrepõe a lei ordinária não sendo possível, neste aspecto, que o acordo individual entre patrão e empregado se sobreponha ao instrumento coletivo.

Ainda no que se refere a MP 927/2020 percebe-se que esta em seu art. 36, acaba por favorecer o empregador, no sentido de que permite que as providências tomadas por ele no período dos trinta dias anteriores a data de vigência da MP, ou seja, à data de 22/03/2020 e que não contrariem o que dispõe o bojo de seu dispositivo legal estariam convalidadas, logo, certas atitudes tomadas a despeito da remuneração do empregado e que não obtêm respaldo na legislação normativa, poderão ser aceitas, respeitando

unicamente o que dispõe a medida provisória em questão. (JUNIOR *et al*, 2020, p. 53)

Ver-se à, portanto, que o dispositivo sob análise pecou ao não incluir de forma devida a participação dos sindicatos no processo de pactuação de contratos trabalhistas em época de pandemia, uma vez que é direito dos trabalhadores poderem se abrigar na tutela da organização sindical, visto que a aludida entidade surgiu da própria necessidade do empregados se defender coletivamente.

Ressalva-se ainda, que uma atuação ativa dos sindicatos é benéfica tanto para os trabalhadores, como para seus respectivos empregadores, pois quando a negociação relativa ao direito do trabalho é feita de forma coletiva, se pressupõe que se está atendendo os interesses e demandas concretas de determinada categoria profissional o que minimiza as insatisfações no campo trabalhista, fazendo com que os empregados recorram cada vez menos ao Poder Judiciário e resolvam seus conflitos de forma pacífica por meio da autocomposição. (NASCIMENTO, 2009, p. 1227)

Também é importante mencionar neste estudo, o advento da MP 936/2020, atual Lei n.14.020/2020 que instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e trouxe um benefício emergencial que será pago pelo governo ao empregado formal, ou seja, à aquele que possui carteira assinada. O objetivo do governo com a MP n. 936 foi preservar o maior número de postos de trabalho durante e após a pandemia, logo, a medida supracitada prevê a possibilidade de haver acordo individual para que se reduza, proporcionalmente, a jornada de trabalho e de salário, bem como, seja possível a suspensão temporária do contrato de trabalho. (SOUZA; ARAGÃO; CARNEIRO, 2020, p. 01)

A ideia das referidas hipóteses que estão previstas no art. 5º da MP é que o governo entre com uma contrapartida financeira para que o empregado não perca renda e se vier a perder que seja o mínimo possível. Salienta-se que no texto original da MP 936/2020 a redução de jornada e salário só poderia ser acordada por um prazo máximo de 90 dias, já a suspensão do contrato teria um prazo máximo de 60 dias, porém a Lei n. 14.020/2020 permitiu que estes prazos fossem prorrogados por meio de ato do Poder Executivo. (DERRENE, 2020, p. 02)

Com efeito, vemos que a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, bem como, a suspensão do contrato de trabalho são atitudes excepcionais tomadas pelo legislador como forma de adequar o regime trabalhista ao período de calamidade pública, não obstante, percebe-se que estas modificações, mesmo que temporárias, infringem direitos adquiridos pelo trabalhador, e a prerrogativa constitucional de defender estes interesses é da organização sindical, o que implica dizer, que os direitos em questão não deveriam estar sendo acordados entre empregador e empregado, e sim, por meio dos sindicatos que terão força para compelir os empregadores à atender as demandas da coletividade, sobretudo, no momento de incerteza causado pela pandemia do COVID-19.

Nota-se que visando caminhos alternativos para enfrentar a emergência da saúde pública que assola o país, a MP 936/2020 em seu art. 12 e 7º, III, adotou um critério de que os empregados que recebem até R\$3.135,00 de salário ou quem receber acima de R\$12.202,12 e possuir diploma de curso superior poderiam negociar individualmente com seus empregadores a redução proporcional de jornada e salário nos percentuais de 25%, 50% e 70%. Porém, os salários intermediários, ou seja, aqueles entre R\$ 3.135,00 e R\$ 12.202,12 deveriam ter a redução fixada por acordo coletivo, salvo se o percentual de redução neste caso seja de 25% em que seria possível, de igual modo, a negociação individual. (LOURENCINI, 2020, p. 03)

Não obstante, cumpre mencionar que a MP 936/2020 foi objeto da ADI n. 6363 que pretendia, em sede liminar, suspender a aplicabilidade dos artigos que autorizam, a negociação individual para redução proporcional de jornada e salário ou suspensão do contrato de trabalho. Logo, na data de 06/04/2020 o ministro Ricardo Lewandowski deferiu, em parte, medida cautelar determinando que apenas terão validade os acordos individuais ora narrados, se houver anuência dos sindicatos de trabalhadores em até dez dias a partir da notificação, por outro lado, se não houver manifestação do sindicato, o acordo individual estará tacitamente validado. (FERREIRA, 2020, p. 02)

De acordo com o ministro Ricardo Lewandowski, ao afastar os sindicatos das negociações realizadas entre patrão e empregado, este último se restaria prejudicado, posto que existe uma premissa

de desigualdade estrutural entre estes dois polos da relação laboral, podendo o empregador facilmente se aproveitar da hipossuficiência do empregado no caso concreto, visando impor o acordo de maneira unilateral. Ademais, o ministro em comento reitera aquilo que foi alegado pelo requerente da ADI 6363, em que o acordo individual para redução de jornada ou salário, bem como a suspensão temporária do contrato de trabalho viola os arts. 7o, VI, XIII e XXVI, e 8o, III e VI, da CF/88, afrontando, portanto, direitos e garantias individuais dos trabalhadores que se configuram como cláusulas pétreas. (PERON; MARTINS, 2020, p. 02)

Entretanto, cumpre ressaltar que o Plenário negou referendo à liminar concedida pelo ministro Ricardo Lewandowski e afastou a necessidade de aval dos sindicatos para o fechamento dos acordos acima mencionados, mantendo assim, a eficácia da regra estipulada pela MP 936/2020 no que tange a a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais, o que se mostra como um grande retrocesso social, visto que contraria diretamente a Lei Maior do território nacional, bem como, seus preceitos fundamentais que buscam garantir, a todo o momento, melhores condições de trabalho para os empregados. (FERREIRA, 2020, p. 02)

Por sua vez, a Lei n. 14.020/2020 apesar de ter mantido os percentuais de 25%, 50% e 70% para a redução proporcional de jornada e salário estabeleceu que a redução de 50% e 70% poderia ser feita mediante acordo individual nos casos em que o empregado recebesse salário igual ou inferior a R\$ 2.090,00 desde que seu empregador no ano de 2019 tivesse auferido receita bruta superior a R\$ 4.800.000, bem como, nos casos em que o empregado recebesse salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 na hipótese em que seu empregador tivesse auferido no ano de 2019 receita bruta igual ou inferior a 4.800.000 e por fim, nos casos dos portadores de diploma de nível superior que recebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (SOUZA; ARAGÃO; CARNEIRO, 2020, p. 02)

Fora das hipóteses mencionadas acima, o empregador poderia ainda negociar individualmente a redução proporcional de 25% de jornada de trabalho e salário, como também poderia realizar essa redução quando o acordo não resultar diminuição do valor

total recebido mensalmente pelo empregado, incluídos neste valor o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a ajuda compensatória mensal e, em caso de redução da jornada, o salário pago pelo empregador em razão das horas de trabalho. Não obstante, se a situação trabalhista não se enquadrar em nenhum dos casos em comento, necessariamente a redução deverá ser pactuada por meio de negociação coletiva. (JOSÉ, 2020, p. 03)

Ademais, é importante frisar que para as empresas que celebraram acordos individuais na vigência da MP 936/2020 e que agora deverão se utilizar da negociação coletiva para estar em consonância com o que preceitua a Lei n. 14.020/2020, serão aplicadas as condições firmadas no acordo individual apenas no período anterior ao da negociação coletiva, posto que a partir da entrada em vigor desta última haverá a prevalência do instrumento coletivo naquilo que conflitar com as cláusulas do acordo individual. (DERRENE, 2020, p. 02)

Entretanto, a regra em comento não se mostra absoluta, pois como já vimos no decorrer deste estudo, o direito do trabalho é regido pelo princípio da norma mais favorável ao trabalhador, logo, se as condições do acordo individual se mostrarem mais vantajosas para o empregado estas prevalecerão sobre o acordo ou convenção coletiva. No que tange as normas coletivas previamente firmadas e que se encontram em vigor, estas poderão ser renegociadas para adequação de seus termos, no prazo de 10 dias corridos, contado da data de publicação da nova lei. (SOUZA; ARAGÃO; CARNEIRO, 2020, p. 04)

Sendo assim, percebemos que a Lei n. 14.020/2020 concebe uma burocracia maior para que ocorra os acordos individuais o que entendemos como correto, pois, assim, criam-se parâmetros que buscam proteger, sobretudo, os empregados hipossuficientes que poderiam, facilmente, serem persuadidos e induzidos a se submeterem as vontades do empregador, colocando-se em uma posição ainda mais prejudicial. Nota-se, ainda, que no período de calamidade pública se pressupõe que os danos a saúde e aos serviços públicos são iminentes, logo, reiteramos, mais uma vez, a importância do instrumento coletivo como propulsor de justiça social, pois por possuir natureza jurídica de declaração de vontade aperfeiçoada em nível coletivo, retrata as demandas de todo um

setor trabalhista, além disso, é nítido que a atual legislação que busca tutelar os interesses dos trabalhadores, por ter sido elaborada sob uma ótica individual não se mostra mais suficiente para regulamentar todas as situações que se multiplicam na sociedade.

4.1. A atuação dos sindicatos durante o período de calamidade pública

Apesar das adversidades impostas pelas normas ora analisadas na atuação das organizações sindicais, bem como, em decorrência da fragilização deste instituto face a reforma trabalhista, podemos afirmar que os sindicatos ainda vêm desempenhando importante papel na busca por resguardar direitos dos trabalhadores em época de pandemia. Isso porque, a aludida entidade possui importante atribuição assistencial, oferecendo a seus respectivos membros assistência material, jurídica e social.

Os sindicatos estão desempenhando comportamento proativo no que tange a denúncia de abusos e no exercício de fiscalização de acordos firmados durante o período de calamidade pública, posto que se mostra nítido que muitos empregadores se utilizaram desta situação para atacar direitos trabalhistas. Logo, esta atitude por parte da organização sindical se mostra extremamente benéfica, uma vez que se preza pela segurança do trabalho e torna possível aos trabalhadores a reunião de insatisfações e demandas que poderão vir a compor pautas reivindicatórias que por sua vez, serão objeto de negociação coletiva. (FRAZÃO, 2020, p. 03)

Neste contexto, podemos mencionar que aquilo que a organização sindical visa proteger, diariamente, em sua atuação mostra-se idêntico a aquilo que o governo visa preservar ao criar normas trabalhistas para enfrentamento do período de calamidade pública, qual seja a manutenção do emprego e da renda. Nesta seara, nada mais certo do que a lei propiciar uma atuação maior e conjunta com os sindicatos, para que assim, sejam dirimidos os percalços sofridos pelo corpo trabalhista durante o enfrentamento da emergência na saúde pública que assola o país. (MELO, 2020, p. 02)

Desta forma, práticas como aquelas dispostas no art. 17 da Lei 14.020/2020 que preveem que poderão ser utilizados meios eletrônicos para convocação, deliberação, decisão, formalização e publicidade de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho

devem ser cada vez mais estimuladas e fomentadas no ordenamento jurídico, posto que enquanto durar o período de calamidade cabe a sociedade reinventar as forma de comunicação na busca pela efetivação de direitos.

Outrossim, é importante mencionar que muitos aplicadores do direito, já reconheceram a importância dos sindicatos em meio a pandemia tais como o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli que no dia 26/03/2020 participou de uma videoconferência com os líderes de movimentos sindicais para discutir medidas a serem adotadas junto ao setor produtivo, o Congresso, o Judiciário e o governo federal. Foi através desta reunião que inúmeras entidades negociaram cláusulas sanitárias e trabalhistas, e buscaram a realização de assembleias virtuais para estarem à par das demandas dos trabalhadores, fornecendo-lhes auxílio direto. (GOMES, 2020, p.01)

Fica nítido, portanto, que, os sindicatos são responsáveis por representar os interesses da coletividade, e acabam por promover avanço contínuo na maneira de solucionar conflitos, fazendo com que, progressivamente, a hostilidade da população face a adesão deste instituto, se transformasse, especialmente no período de pandemia, em postura de reconhecimento e estímulo à sua aplicação. Sendo assim, resta-se indubitável que o papel da negociação coletiva em tempos de coronavírus mostra-se de extrema valia, pois é por meio dele que a organização sindical negociará direitos e garantias para toda uma categoria, proporcionando assim, uma maior segurança e equilíbrio aos contratos trabalhistas, acabando por viabilizar a adaptação do mercado de trabalho à nova realidade econômica vivenciada na contemporaneidade. (MELO, 2020, p. 03)

Reitero também que a ampliação de negociações coletivas acaba por desafogar o Poder Judiciário, evitando-se a ajuização de ações trabalhistas em excesso. Ademais, cumpre mencionar que no momento de incerteza ocasionado pela pandemia, nunca foi tão importante a união social em prol do bem comum, desta forma, a comunicação entre os sindicatos e as empresas deve ser redobrada visando buscar soluções conjuntas, evitando-se a fragmentariedade de decisões que, por sua vez, acabam por agravar, ainda mais, o quadro de exclusão social no Brasil. Com efeito, é importante mencionar também que o cenário pós pandemia parece ser

ainda mais complicado para os sindicatos, posto que os índices tendem a afirmar que a taxa de desemprego irá aumentar ainda mais no país o que só reforçará a necessidade de cada vez mais sindicatos atuantes em defesa dos trabalhadores. (FRAZÃO, 2020, p. 02)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta seara, podemos concluir que a organização sindical é uma entidade legítima para representar os interesses trabalhistas e os direitos sociais de seus respectivos membros, não podendo existir dissociada da figura da negociação coletiva, posto que é através desta ferramenta que será possível a celebração de acordos e convenções em proveito de determinada categoria profissional.

Percebe-se ainda que, o instrumento coletivo irá regulamentar o trabalho, garantir que sejam respeitados os direitos fundamentais do empregado, bem como, se evitará arbitrariedades patronais que acabam por fragilizar os trabalhadores e propiciar uma realidade social exploratória e opressora, uma vez que, em razão das desigualdades sociais que assolam o país, é notório que a grande maioria dos trabalhadores não possuem condições de defender seus direitos sozinhos, devendo, necessariamente, serem representados por meio de seus sindicatos.

Verifica-se assim, que, mais do que nunca, o país precisa de uma atuação presente das entidades sindicais para tutelar e defender a saúde, a renda e os direitos dos trabalhadores, visto que, face a decretação de emergência pública no território brasileiro, os empregados se encontram em uma situação ainda maior de insegurança e instabilidade. Somado a isto, a prevalência das demandas trabalhistas possuem essência coletiva, não sendo razoável que a legislação amplie hipóteses de acordos individuais, ou mesmo, facilitem a sua aplicação no caso concreto, posto que se estará promovendo uma interpretação restrita à uma demanda coletiva.

Registra-se também que ao celebrar negociações coletivas, os sindicatos estarão aptos a acompanhar se as medidas firmadas durante e após a pandemia estão sendo devidamente cumpridas, protegendo os trabalhadores de eventuais danos e conflitos com seus respectivos empregadores. Ademais, reitero que a tutela coletiva

pouparia o Poder Judiciário à análise de inúmeras demandas repetitivas, que logicamente gerariam uma enorme morosidade processual, o que prejudicaria substancialmente a máquina pública.

Por fim, entendemos que apesar do governo federal ter promulgado inúmeras medidas que legitimam a instauração de regimes jurídicos urgentes e provisórios, visando conter os impactos da situação calamitosa que assola o país, à longo prazo, a condição social e financeira dos trabalhadores se restará nitidamente impactada, pois sem o protagonismo sindical na celebração de negociações coletivas os trabalhadores se encontram em posição discrepante do empregador, estando dependentes das vontades deste último. Nota-se que com o passar do tempo, o reflexo do descaso legal será agravado e as consequências da crise provocada pelo coronavírus serão ainda mais consideráveis, o que exige, portanto, que o Poder Público se sensibilize com a problemática enfrentada pelos trabalhadores agora e se conscientize da importância de uma atuação ativa dos sindicatos, pois é somente através deles que será possível amenizar os males decorrentes da pandemia do COVID-19.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Jenifer Francine dos. **O art. 2º da MP 927/20: Uma ferramenta perigosa.** Disponível em: www.migalhas.com.br/depeso/323043/o-art-2-da-mp-927-20-uma-ferramenta-perigosa. Acesso em: 03 jul. 2020.

BENHAME, Maria Lucia. **Os representantes dos empregados na empresa - Comissões de empregados nas empresas - A reforma trabalhista.** Disponível em: www.migalhas.com.br/depeso/305278/os-representantes-dos-empregados-na-empresa-comissoesde-empregados-nas-empresas-a-reforma-trabalhista. Acesso em: 13 jun. 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2020.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Manual da Reforma Trabalhista.** Salvador: JusPODIVM, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 17 jul.2020.

- BRASIL. **Lei n. 14.020 de 06 de julho de 2020.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm. Acesso em: 17 jul.2020.
- BRASIL. **Medida Provisória n. 927 de 22 de março de 2020.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.
- BRASIL. **Medida Provisória n. 936 de 1º de abril de 2020.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso em: 17 jul. 2020.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DERRENE, Carlos Eduardo Santos Cardoso. **Considerações sobre a conversão da MP 936/2020 em Lei 14.020/2020.** Disponível em: www.ambitojuridico.com.br/noticias/consideracoes-sobre-a-conversao-da-mp-936-2020-em-lei-14-020-2020/. Acesso em: 14 jul. 2020
- DIEESE. **Subsídios para o debate sobre a questão do Financiamento Sindical.** Nota Técnica Número 200, dezembro 2018. Disponível em: www.dieese.org.br. Acesso em: 13 jun. 2020.
- FERREIRA, Raiane. **Como ficam os acordos individuais com o julgamento do STF sobre a ADI 6363 sobre a MP 936?.** Disponível em: www.jusbrasil.com.br Acesso em: 17 jul. 2020.
- FILHO, João de Lima Teixeira. **Instituições de Direito do Trabalho – vol. II,** São Paulo: LTr, 22ª edição, 2005.
- FRAZÃO, Mateus. **Em tempo de pandemia, sindicatos voltam a ser valorizados por trabalhadores.** Disponível em: <http://pioneiro.clicrbs.com.br/rs/economia/noticia/2020/05/em-tempo-de-pandemia-sindicatos-voltam-a-ser-valorizados-por-trabalhadores-12520385.html>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** 2ª ed., São Paulo: Método, 2008.
- GOMES, Val. **Dias Toffoli, presidente do STF, participa de videoconferência com as Centrais Sindicais.** Disponível em: www.metalurgicos.org.br/noticias/dias-toffoli-presidente-do-stf-participa-de-videoconferencia-com-as-centrais-sindicais/. Acesso em: 17 jul.2020.

- JOSÉ, Paulo Rogério. **A conversão da MP 936 na Lei nº14.020/2020 – O que mudou?**. Disponível em: www.fecomercio-ro.websiteseuro.com/site/index.php/2016-09-02-06-09-26/noticias-fecomercio/item/1275-a-conversao-da-mp-936-na-lei-n-14-020-2020-o-que-mudou. Acesso em: 17 jul. 2020.
- JUNIOR, Antonio Umberto de Souza; GASPAR, Danilo Gonçalves; COELHO, Fabiano; MIZIARA, Raphael. **Medida Provisória 927/2020 comentada artigo por artigo**. Revista dos Tribunais Thomson Reuters, 2020.
- LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Pércles Rodrigues Marques de. **Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto**. São Paulo: LTr, 2017
- LOURENCINI, José Eduardo. **Comentários à MP 936/2020: principais aspectos relacionados ao Direito do Trabalho**. Disponível em: www.jus.com.br/artigos/80992/comentarios-a-mp-936-2020-principais-aspectos-relacionados-ao-direito-do-trabalho. Acesso em: 14 jul. 2020.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed, São Paulo: Saraiva, 2012.
- MELO, Raimundo Simão de. **Negociações coletivas na crise do coronavírus**. Disponível em: www.conjur.com.br/2020-abr-17/negociacoes-coletivas-cri-se-coronavirus. Acesso em: 17 jul.2020.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009
- PERON, Isadora; MARTINS, Luísa. STF determina que reduções de salário sejam comunicadas aos sindicatos. Disponível em: www.valor.globo.com/politica/noticia/2020/04/06/stf-determina-que-reducoes-de-salario--sejam-comunicadas-aos-sindicatos.ghtml. Acesso em: 17 jul. 2020.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998
- RODRIGUEZ, Américo Plá. (trad. Wagner D. Giglio). **Princípios de direito do trabalho**. 1ª ed., São Paulo: LTr, 1996.
- SOUZA, Sylvia Lorena T. de; ARAGÃO, Camila Jardim; CARNEIRO, Pablo Rolim. **As novidades da Lei 14.020 em relação à MP 936**. Disponível em: www.conjur.com.br/2020-jul-07/cni-novidades-lei-14020-relacao-mp-936. Acesso em: 14 jul. 2020.
- VIVEIROS, Luciano. **CLT comentada**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.