



**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 8**

**IV CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019  
ISBN 978-65-86051-11-7

# IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

## ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA  
JÓNATAS MACHADO  
CARLA DE MARCELINO GOMES  
CATARINA GOMES  
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES  
LEOPOLDO ROCHA SOARES  
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO IV  
CIDHCoimbra 2019  
VOLUME 8**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**1ª edição**

**Jundiaí/SP - Brasil  
Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília  
2020**

© Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília - 2020

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes  
Capa: João J. F. Aguiar  
Edição eletrônica: João J. F. Aguiar, César A. R. Nunes, José R. Polli  
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo  
Revisão Geral: Comissão Organizadora do IV CIDHCoimbra 2019

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins.

Conselho Editorial Editora Fibra: Maria Cristiani Gonçalves da Silva, Francisco Evangelista, Jean Camoleze, Jorge Alves de Oliveira, Sidnei Ferreira de Vares, Thiago Rodrigues, Guilherme de Almeida Prazeres, Cristiano Reis.

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadei, Elizabete David Novaes, Eduardo António da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9610 de 19/02/1998. Todas as informações contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.

As figuras deste livro foram produzidas pelos autores, sendo exclusivamente responsáveis por elas. A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à edição eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto.

Cumpridas essas regras de autoria e edição, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato

Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo das mesmas com a obra.

A editora, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que o uso das mesmas resultará no esperado pelo leitor. Caso seja(m) necessária(s), as editoras disponibilizarão errata(s) em seus sites.

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019 - Volume 8 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs) [et al.] – Jundiá: Edições Brasil / Editora Fibra / Editora Brasília, 2020.

183 p. Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-86051-11-7

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica  
contato@edicoesbrasil.com.br / contato@editorafibra.com.br  
cnunes.adv@uol.com.br

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS**  
**IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE**  
**DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO**  
**TRANSDISCIPLINAR**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)

**VOLUME 8 - Composição dos Simpósios:**

<b>Simpósio n.º 48</b>
OS DIREITOS HUMANOS DA POPULAÇÃO LGBTI+ NO FIM DA ERA DOS DIREITOS
<b>Coordenadores:</b> Cristina Veloso de Castro e Fausy Vieira Salomão
<b>Simpósio n.º 50</b>
A TUTELA DO DIREITO HUMANO À LIBERDADE RELIGIOSA
<b>Coordenadores:</b> André Fagundes e Niedja de Andrade e Silva Forte dos Santos
<b>Simpósio n.º 51</b>
BIOÉTICA E DIREITO PENAL DA MEDICINA
<b>Coordenadoras:</b> Flávia Siqueira Cambraia e Izabele Guidoti Kasecker
<b>Simpósio n.º 52</b>
DANO E REPARAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: A RESPONSABILIDADE CIVIL ESTÁ EM CRISE? (ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR DOUTOR CALVÃO DA SILVA)
<b>Coordenadores:</b> Keila Pacheco Ferreira e Luiz Carlos Goiabeira Rosa

**ISBN: 978-65-86051-10-0**

VOLUME 1 – ISBN: 978-65-86051-03-2

VOLUME 3 – ISBN: 978-65-86051-05-6

VOLUME 5 – ISBN: 978-65-86051-08-7

VOLUME 7 – ISBN: 978-65-86051-09-4

VOLUME 2 – ISBN: 978-65-86051-04-9

VOLUME 4 – ISBN: 978-65-86051-06-3

VOLUME 6 – ISBN: 978-65-86051-07-0

VOLUME 9 – ISBN: 978-65-86051-11-7

**COMISSÃO CIENTÍFICA DO IV CIDHCOIMBRA 2019:**

**Membros Titulares:**

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Mestre César Augusto Ribeiro Nunes; e Mestre Leopoldo Rocha Soares.

**Membros Convidados:**

Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho; Profa. Doutora Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva; Profa. Dra. Alessandra Benedito; Mestre Alexandre Sanches Cunha.

## SUMÁRIO

Apresentação .....	08
A Contrafação da Homossexualidade Pelo Direito e Pela Medicina Psiquiátrica no Século XX .....	10
Clarindo Epaminondas de Sá Neto e Mariella Kraus	
Política Pública De Saúde LGBT: uma análise do conceito de equidade nas campanhas do Ministério de Saúde Brasileiro .....	25
Cláudia Moraes e Silva Pereira	
Os LGBTI+ e a Imprescindibilidade de Prisões Condignas na Contemporaneidade .....	40
Francine Figueiredo Franco	
A Aplicabilidade da Lei Maria da Penha à Violência Doméstica Contra Mulheres Transexuais .....	49
Ana Beatriz do Amaral Souza	
A Importância do Ativismo Judicial na Conquista do Direito à União Estável Homofetiva No Brasil .....	60
Beatriz de Lima Cardoso e Gabriela Santos Morais	
Resistência - a Marcha da Cidadania no Arco-Íris: a parada LGBTI de Niterói ...	68
Ana Beatriz Quiroga	
O Controle do Desejo pela Ideologia Estatal: a reprodução acrítica de padrões acerca da sexualidade em contexto cultural .....	82
Thiago Serrano Pinheiro de Souza e Aline Pomodoro	
Boko Haram e Violação de Direitos Humanos na Nigéria: um conflito religioso ainda sem solução .....	93
Andrea Kessler Gonçalves Volcov	
A Exclusão da Culpabilidade Penal em Caso de Possessão Demoníaca pela Doutrina Católica .....	108
Filippe Teixeira Gonçalves	
Entre o Dever Especial e a Liberdade Individual: os limites objetivos da responsabilidade penal por omissão na relação médico-paciente .....	120
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa	
A (I)Legitimidade do Paternalismo Jurídico-Penal no Contexto da Medicina: o paradoxo entre a promoção do bem-estar e o respeito à autonomia do paciente ...	132
Ana Paula Cardoso Leal	

Responsabilidade Penal do Médico no Uso e na Prescrição de Medicamentos Defeituosos para Fins Estéticos .....	140
Filipe Oliveira de Melo	
Responsabilidade Penal por Erro Médico .....	150
Marília Bastos da Costa e José Geraldo Romanello Bueno	
Violência Obstétrica: uma proposta de tipificação frente à violação aos direitos humanos e reprodutivos da mulher .....	166
Alani Caroline Osowski Figueiredo	
Daño no Patrimonial por Violación a Los Derechos Humanos .....	176
Eduardo Sirtori	

## APRESENTAÇÃO

Nesta quarta edição do *Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra: uma visão transdisciplinar* (IV CIDHCoimbra 2019), realizada no Auditório da Universidade de Coimbra, Portugal, entre os dias 16 e 18 de outubro de 2019, temos a profunda alegria de publicar, pela primeira vez desde 2016, este expressivo conteúdo científico, reunido na forma de **ANAIS de ARTIGOS COMPLETOS** do Congresso. Trata-se da reunião de mais de 200 pesquisas elaboradas e escritas pelos/as participantes do Congresso que estiveram inscritos/as nos inúmeros Simpósios decorridos durante os 03 dias de evento. Um número, sem dúvida, bastante expressivo de trabalhos publicados. Nesse momento, depois de um longo trabalho de revisão, formatação e diagramação dos artigos, apresentamos esta publicação em 09 volumes a toda a comunidade acadêmica do Congresso, a toda nossa rede de pesquisa em Direitos Humanos, composta de docentes, estudantes e profissionais das mais diversas áreas, assim como a todos/as os/as interessados/as.

Cada um dos 09 volumes compreende um número específico de Simpósios e seus respectivos artigos que, somados, constituem uma frutífera coleção de pesquisas, apuradas, inicialmente, através de um rigoroso processo de seleção de Resumos, conduzido por um seletivo grupo de Coordenadores/as de Simpósios. Importante lembrar que, a cada ano, temos recebido mais trabalhos para serem avaliados pelos/as referidos/as Coordenadores/as de Simpósios, fato este que revela o prestígio que o evento tem conquistado internacionalmente. Em muito nos honra, portanto, o interesse manifestado por diversos/as investigadores/as que submetem, todos os anos, suas pesquisas sempre inovadoras e de altíssima qualidade para serem avaliadas e, depois de aprovadas, apresentadas no Congresso. Além disso, temos registrado, ao longo de nosso evento, a realização de momentos únicos, em que participamos de um espaço privilegiado de discussões e de aprofundamentos teóricos sobre os Direitos Humanos. Por isso, definimos a entrega dos Artigos Completos, para data posterior ao evento, de modo que toda essa qualificada experiência do evento possa ser aproveitada na conclusão dos trabalhos enviados para os Anais de Artigos Completos.

O projeto de planejamento e realização de um evento internacional, como o IV CIDHCoimbra 2019, tem se revelado ser um trabalho de produção acadêmica de excelência. Ao fomentarmos a pesquisa e a produção teórica, na forma de um evento como este, alcançamos um dos objetivos mais fundamentais da pesquisa, qual seja: o compartilhamento do conhecimento científico. É nesse sentido que orientamos as nossas atividades, buscando en-



riquecer a relação de ensino e formação em Direitos Humanos, por meio da oferta de Simpósios variados, palestras com ilustres e referenciais nomes da Ciência, publicações de resumos e artigos, debates e discussões propositivas e, como não poderia deixar de ser, convivência harmoniosa entre todos | as os | as nossos | as participantes, equipes de trabalho e de organização.

Por fim, como última nota de apresentação desta 1ª Edição dos Anais de Artigos Completos do IV CIDHCoimbra 2019, gostaríamos de registrar a enorme satisfação que tivemos ao receber cada um | a dos | as participantes do Congresso em nosso Evento de outubro de 2019, vindos de mais de 10 países diferentes e cada qual com sua valiosa contribuição. Assim, e como dito antes, a cada ano temos recebido mais participantes e, por isso, temos criado a convicção do importante alcance que estes Anais terão aquando da sua divulgação. Pela atualidade e diversidade temática que identificamos nos artigos, temos certeza que esta publicação irá despertar o interesse da comunidade profissional e acadêmica à qual se destina, tornando-se uma fundamental fonte de pesquisa.

Complementarmente, não poderíamos deixar de agradecer, novamente, o apoio incondicional das equipes de trabalho das entidades realizadoras do Congresso, em Portugal, representado pelo *Ius Gentium Conimbrigae – IGC*/ Centro de Direitos Humanos, com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e, no Brasil, representado pelo Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos – INPPDH, sediado na cidade de Campinas-SP. Que esta publicação seja o início de uma rica e histórica série de pesquisas em Direitos Humanos, assim como tem sido o nosso Congresso.

Comissão Organizadora

IV Congresso Internacional de Direitos Humanos de Coimbra:  
uma visão transdisciplinar

# A CONTRAFAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE PELO DIREITO E PELA MEDICINA PSIQUIÁTRICA NO SÉCULO XX

**Clarindo Epaminondas de Sá Neto**

Mestre em Direito Internacional e Concretização de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil; doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito e Diversidades.

**Mariella Kraus**

Mestranda em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Advogada.

## **Resumo:**

Cuida-se de artigo científico que busca analisar as relações entre as Ciências do Direito e Medicina Psiquiátrica no tocante à patologização da homossexualidade. Parte-se do problema: é possível considerar que no Brasil do século XX a manipulação da homossexualidade pelo aparato jurídico-político-psiquiátrico contribuiu para o aumento de crimes de ódio contra a população LGBTQ+ nas duas primeiras décadas do século XXI? O método de abordagem eleito é dedutivo; o procedimento escolhido é o monográfico, com uso de doutrina, publicações em periódicos, monografias, pesquisas de dados estatísticos, dissertações e teses. Como resultado, concluiu-se que, a partir do século XX, o vácuo político-ideológico, a crise do capitalismo e a recrudescência dos credos religiosos institucionalizados, criaram terrenos férteis para as execrações morais e físicas, insufladas pelo milenarismo e pelo cientificismo presentes na sociedade brasileira, responsáveis pelas violências contra pessoas LGBTQ+ no Brasil.

**Palavras-chave:** Homossexualidade; Violência contra pessoas LGBTQ+; Direito e Medicina Psiquiátrica.

## Introdução

O presente artigo busca analisar as relações entre a Medicina Psiquiátrica do século XX e o Sistema Criminal brasileiro no que toca à patologização da homossexualidade. Para tanto, elegeu-se como problema de pesquisa a seguinte pergunta: é possível considerar que no Brasil do século XX a manipulação da homossexualidade pelo aparato jurídico-político-psiquiátrico contribuiu para o aumento de crimes de ódio contra a população LGBTQ+ nas duas primeiras décadas do século XXI?

Como resposta provisória a essa pergunta considera-se que a partir do século XX, o vácuo político-ideológico, a crise do capitalismo e a recrudescência dos credos religiosos institucionalizados, na segunda metade do século, criaram terrenos férteis para as execrações morais e físicas, insufladas pelo milenarismo e pelo cientificismo presentes na sociedade brasileira.

Como objetivo principal buscou-se demonstrar que a manipulação da homossexualidade pelo aparato jurídico-político-psiquiátrico contribuiu para o crescimento expressivo dos índices de violência contra a população LGBTQ+, nas duas primeiras décadas deste milênio. A título de objetivos específicos (i) traça-se uma linha no tempo, com vistas a demonstrar o processo de conformação da identidade nacional, relacionada especialmente com questões ligadas à sexualidade; (ii) também busca-se apresentar situações em que utilização da homossexualidade se constituiu enquanto arma política contra adversários; (iii) e por fim demonstra-se, a partir de dois casos concretos (Febrônio e Chrysóstimo), como se deu a manipulação da homossexualidade pelos aparatos de controle do Estado, transformando-a em uma conduta social a desmerecer moralmente o sujeito em relação a uma acusação criminal.

Cumprir registrar que este trabalho foi concebido como um estudo pluricientífico. Nesse sentido, a metodologia utilizada no desenvolvimento do texto foi elaborada com base na obra “Monografia Jurídica – Orientações Metodológicas para o Trabalho de Conclusão de Curso”, de Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, onde a autora ressalta a importância da investigação e da produção científica marcada por uma adequada metodologia para fins de validade de seu resultado. Assim, o método de abordagem eleito é o dedutivo; o método de procedimento escolhido é o monográfico, com o uso de doutrina específica, publicações em periódicos, monografias, pesquisas de dados estatísticos, dissertações e teses sobre o tema.

## O Brasil e a construção de sua identidade nacional

O Antropólogo francês Roger Bastide, um dos professores europeus que vieram ao Brasil para integrar a recém fundada Universidade de São Paulo, disse certa vez em uma de suas aulas que “o sociólogo que quiser compreender o Brasil não raro precisa transformar-se em poeta”, e continuou:

Ele [o sociólogo] não sabe mais que sistema de conceitos utilizar.

Todas as noções que aprendeu nos países europeus ou norte-americanos não valem aqui. O antigo mistura-se com o novo. As épocas históricas emaranham-se umas às outras. Os próprios termos como “classe social” ou “dialética histórica” não têm o mesmo significado, não recobrem as mesmas realidades concretas. Seria necessário [...] descobrir noções de certo modo líquidas, [...] que modelariam conforme uma realidade viva, em perpétua transformação. (BASTIDE, 1975, p. 15)

Muito antes da chegada de Bastide ao Brasil, mas desde a Idade Média, ou seja, muito antes de ser uma nação com limites territoriais definidos, o nome Brasil designava uma ilha fantasiosa que no imaginário eurocêntrico seria uma das inúmeras representações do chamado paraíso terrestre. TREVISAN (2018, p. 44) registra que a ilha Brasil, também conhecida como *Insula Deliciosa*, nos primeiros mapas de que se tem notícia, parecia estar localizada na costa da Irlanda, tendo sua busca, inclusive, sido freneticamente alvo de navegações por parte dos ingleses da época. HOLANDA (1976, p. XXI-XXIV) indica, nesse sentido, que subsiste na mitologia do povo Celta uma lenda que conta a história de uma ilha fantasma chamada *Hy Brasil* ou *O Brasil*, que reapareceria em pontos diversos do oceano a cada sete anos, tendo descido pelo Atlântico, até que no último mapa conhecido por essa civilização, a ilha foi reconhecida no arquipélago dos Açores, em Portugal.

Ao que se percebe, essa ideia insular parece ter sido incutida no imaginário dos navegantes portugueses, pois, num primeiro momento ao desembarcarem nestas terras, por entenderem tratar-se de uma ilha e desconhecarem a dimensão do território, batizaram o local com o nome de *Ilha de Vera Cruz*. Durante os próximos séculos que se seguiram à chegada dos portugueses, a *Ilha Brasil* ocupou todo o lado atlântico da América do Sul, e nesse tempo a sociedade brasileira também se formou.

Dentro desses limites territoriais desembarcaram prisioneiros e bandidos portugueses condenados por crimes graves, o que somado aos indígenas dominados e depois ao tráfico negreiro, fez com quem a identidade brasileira fosse algo muito difícil de se reconhecer. Essa dificuldade é fruto do próprio significado e da utilidade do Brasil para os portugueses, que nas palavras de COUTO (2011, p. 55), serviria como um ponto de passagem para as rotas, sendo uma surpresa para o próprio país tornar-se uma nação<sup>1</sup>, o que só veio a acontecer a partir da chegada da família real portuguesa e da corte lisboeta no Rio de Janeiro, em 1808.

Mas é a partir de 1822, quando da proclamação da independência, que o projeto de nação começa a ser arduamente trabalhado, visando criar e vender uma ideia de pátria que funcionasse como um amálgama entre grupos sociais

---

1 Frise-se que durante esse período houve inúmeras tentativas de invasão do território brasileiro por países como a França e Holanda. Por isso diz-se ser uma sorte que o Português tenha se mantido como língua oficial do país, assim como que o território tenha se mantido sob o domínio de Portugal.

indefinidos e diversificados, o que permitiu à elite da época utilizar em seu proveito e para seus interesses a questão da nacionalidade que a partir daí se apresentaria.

Esse projeto de nação, como se demonstrará, contou com um empurrãozinho – para usar de eufemismo – de uma das grandes potências da época: o Reino Unido. No processo que culminou com a chamada proclamação da independência, como narra TREVISAN (2018, p. 46), foi a Inglaterra quem ofereceu ao Brasil sua esquadra para ajudá-lo a livrar-se do Império Português. Acrescente-se que, antes desse evento, foi a Inglaterra que em 1807-1808 acompanhou a fuga da família real portuguesa, como forma de garantir que as esquadras de Napoleão não os alcançariam<sup>2</sup>, o que já indica a forte influência desse país na conformação da “identidade nacional”.

Bombardeado por influências europeias e também norte-americanas, assim como por interesses econômicos diversos, o Brasil angariou uma espécie de fragilidade estrutural e isso se deu muito mais pelas tentativas de forjar uma identidade, com medo do presente e do futuro, do que pelo fato de ser uma colcha de retalhos, como as linhas anteriores demonstram. O processo de conformação dessa identidade, como se viu até agora, foi bastante influenciado pelas interferências “consentidas” do Reino Unido e dos Estados Unidos. No caso deste último país, foi o seu modelo de vida particularmente influenciado por um consumismo avassalador que rendeu efeitos na construção dessa identidade.

Um episódio que demarca com bastante propriedade a influência dos Estados Unidos no Brasil e ratifica a cambaleante identidade nacional como sendo fruto de um emaranhado de tabus, com origens quase que exclusivamente ligadas aos bons costumes e à moral: trata-se da história do gel lubrificante KY (queiuaí).

Em 1904 a empresa Van Horn & Sawtell criou o lubrificante íntimo KY. Quando criado, ele era direcionado a uso medicinal, com o objetivo de melhorar o conforto das mulheres durante os incômodos ginecológicos. A marca foi vendida para a Johnson & Johnson, a qual passou a indicá-lo também para solução de problemas sexuais de mulheres, como falta de lubrificação vaginal e de casais que queriam de alguma forma melhorar sua relação íntimo-sexual. Inobstante não houvesse em sua bula indicação ou sugestão de uso desse produto em relações sexuais anais, há até hoje uma indicação sutil de seu uso para tal prática: excelente para facilitar a inserção de termômetros retais<sup>3</sup>. “Para bom entendedor, a menção estava feita, em se tratando de uma democracia puritana/protestante, mas tão capitalista que visava todos os consumidores possíveis, inclusive aqueles/as que gostam de ‘termômetros’ mais

---

2 Com claro interesse econômico, afinal desejava exportar seus produtos para o Brasil, o que aliás foi a primeira providência tomada por D. João Sexto, ao desembarcar em Salvador, em janeiro de 1808.

3 Para mais informações, consultar: <<http://mundodasmarcas.blogspot.com/2010/05/k-y.html>>

encorpados” (TREVISAN, 2018, p. 53).

Quando este produto desembarca em terras brasileiras, ainda que o fabricante fosse o mesmo, a bula era outra. Explica-se: de uma maneira muito particular a bula aprovada pela vigilância sanitária omitia a utilidade do gel para fins hospitalares, sobretudo para inserção de termômetros na cavidade anal. Esse fato dá indicativos da forma como o Brasil lida/lidou com temas ligados à sexualidade. Diz-se isso porque num país onde a bunda é a parte preferida da anatomia do corpo humano, sendo ostentada sem sutilezas, sobremaneira no Carnaval, que hoje acontece durante todo o ano Brasil à fora; num país onde a popularidade do bumbum sempre foi evidenciada através de mulheres sensuais seminuas em programa de TV aos domingos, era de se esperar que a bula do KY, assim como fez os EUA, contasse com uma indicação, ainda que sutil, que direcionasse o produto para seus maiores consumidores potenciais. Descontando o zelo pela família tradicional brasileira, o motivo dessa parcimônia parece ter sido muito mais banal e realista do que se poderia imaginar: “evitar sugestões que induzissem à tentação, num país pródigo em nádegas a cada esquina” (TREVISAN, 2018, p. 54).

## **A utilização da homossexualidade como arma política**

O tabu da homossexualidade é um dos mais sólidos ferrolhos morais das sociedades pós-industriais. Além de ser inútil para a reprodução da espécie, a prática homossexual afundaria a família pós-moderna, em cujo seio se geram os novos consumidores e seus padrões psicológicos (cuja ordem é consumir). Segundo PASOLINI (1983, p. 160), se talvez pareça impensável o extermínio maciço de homossexuais, como ocorreu no passado em nome de certa pureza de costumes, o que teríamos em lugar do triângulo rosa nazista<sup>4</sup> seria uma generalizada desqualificação moral, de modo que o homossexual continuaria vivendo num universo concentracionário, sob rígido controle da moral dominante.

Essa desqualificação moral foi a mola propulsora para o direcionamento das instituições brasileiras em relação à homossexualidade, na sociedade como um todo e também no âmbito dos três poderes que conformam a república. Diz-se isso porque, apesar de ser tolerada no Brasil, a prática homossexual acabou se tornando frequentemente um caso de polícia, ainda que não fosse proibida na lei; daí porque a manipulação da identidade homossexual foi e é uma ferramenta muito utilizada pelas instituições para atingir moralmente qualquer cidadão ou cidadã que revele/esconda sua homossexualidade. Vale dizer, a tolerância da repressão sempre mantém engatilhada a possibilidade de se tirar vantagem dela, sendo este um dos motivos pelos quais a clandestinidade se tornou uma característica fortemente presente tanto na atividade sexual de homens e mulheres homossexuais, quanto em suas vidas como um todo.

---

4 O triângulo rosa era utilizado pelo nazismo alemão para indicar homens homossexuais perante a sociedade.

Interessante reforçar que não existem leis no Brasil que punam a homossexualidade enquanto prática sexual e estilo de vida. Todavia, diante da inexistência de norma para punir, tornou-se comum na segunda metade do século passado, em cidades grandes como o Rio de Janeiro e São Paulo, a realização de batidas policiais em lugares frequentados por pessoas LGBTQ+, quando então os agentes públicos humilhavam os frequentadores, criando razões indiretas (vadiagem, atentado violento ao pudor, uso de drogas) para deflagrar uma repressão que tinha como fonte uma das formas de autoritarismo da organização social do país, assim como um dos seus maiores reflexos: o machismo, umbilicalmente ligado à hipocrisia.

A desqualificação moral, graças à imposta clandestinidade das práticas sexo-diversas, deu margem a uma outra nuance, no que toca à opinião do brasileiro acerca dessas práticas: o silêncio. Tática muito usada até os dias atuais, já no século passado a sexualidade homossexual servia de material sensacionalista para jornais e revistas, e para evitar que as notícias chegassem à imprensa, o silêncio tácito sobre o assunto, inclusive em relação aos incidentes repressores já mencionados, tornava-se regra, de forma que as violações quase nunca chegavam a conhecimento coletivo, reforçando a hipocrisia da sociedade brasileira que tratava o assunto como um problema que não existia e que não constituía uma questão social que, no decorrer dos anos, aumentaria suas vítimas em progressão geométrica.

Com efeito, se é verdade que a aids tratou de tirar da clandestinidade e do silêncio esse assunto, ela sem dúvidas imergiu o Brasil numa paranoia que, sob a ideia de uma resistência moral, colocou de pronto, mais uma vez, a ala conservadora da sociedade em alerta, sempre disposta a vigiar, e, claro, interferir nas individualidades. Desde 1979 com a aprovação da lei do divórcio – uma grande conquista para as mulheres, pois até então o casamento, ao menos formalmente, era indissolúvel – os movimentos religiosos se intensificaram e juntas, todas religiões cristãs, passam a reforçar a imagem da monogamia como algo eterno e o casamento não mais como uma imposição familiar, como foi costume no Brasil durante séculos. Esse fato somado a outros, por exemplo, a descoberta da aids e dos métodos anticoncepcionais e o desenvolvimento das teorias feministas em ascensão, foram a mola propulsora para o radicalismo que se instalaria no país, em relação à violência contra pessoas LGBTQ+.

Aquele movimento de nacionalismo iniciado em 1822, quando da formação efetiva do Estado brasileiro, ainda dava suas caras em fins do século XIX. Diz-se isso porque, na tentativa de explicar e condenar a aids como uma doença homossexual, setores da sociedade indicavam que essa vivência homossexual na verdade era um costume estrangeiro, recém importada para o Brasil, trazido pela revolução sexual. A naturalidade nacional, sob o albergue do silêncio que se impunha à sexualidade diversa, hipocritamente mudava o sentido irônico da letra de Chico Buarque e Ruy Guerra: “Não existe pecado do lado de baixo do equador: vamos fazer um pecado rasgado, suado a todo

vapor. Não existe pecado ao sul do equador”.

## **A homossexualidade do século XIX: um caso da medicina psiquiátrica**

O século XIX foi marcado pelo alargamento da experiência da psiquiatria com a loucura, o que nos dizeres de José Henrique Pierangelli (1980, p. 168) “proporcionou suficiente *know-how* para enquadrar os desvios à norma não mais como crimes e sim como doenças”. Especificamente falando do Brasil, “já a partir do Código Penal do Império (1930), os loucos e menores de idade eram considerados irresponsáveis, cabendo ao juiz decidir se deviam ou não ser recolhidos em casas para eles destinadas”. Aliás, foi com a publicação deste Código Imperial que a sodomia deixou de ser crime em território brasileiro, a partir de 1830.

Explica TREVISAN (2018, p. 172) que a partir de então o Poder Judiciário outorgou legitimidade à tutela psiquiátrica, utilizando-se, sobretudo no decorrer do século XIX, da Medicina Legal, que aliás também procurava se impor como um estatuto científico. O sodomita agora seria considerado um doente, e, portanto, não poderia mais ser culpado de transgredir a norma, o que na prática significava sua inimputabilidade na seara penal. Para o autor “tal fato teria consequências imprevisíveis, por empurrar a sexualidade para o território da psiquiatria”. Segundo o médico legista Leonídio Ribeiro (1937, p. 168) “a tendência homossexual passou então a ser estudada à luz da ciência, verificando-se que se tratava de uma anomalia caracterizada por uma preferência, do ponto de vista sexual” que o indivíduo manifesta por outro de sexo idêntico ao seu.

O médico legista Viriato Fernandes Nunes, em tese defendida na Faculdade de Medicina de São Paulo em 1928, chamava atenção de que “Toda perversão sexual atenta violentamente contra as normas sociais”, exigindo punição severa como repressão, pois se “esses criminosos têm perturbadas as suas funções psíquicas”, a sociedade não pode lhes permitir “uma liberdade que eles aproveitariam para a prática de novos crimes” (NUNES, 1928, p. 26/32). Aldo Sinisgalli, citado por GREEN (2000, p. 216-217) acrescentava que “o homossexualismo é a destruição da sociedade, é o enfraquecimento dos países; se ele fosse regrar, o mundo acabaria em pouco tempo”.

Daí que segundo NUNES (1928, p. 32) estava liberado a utilização de meios de repressão que “se não resvalam pelos antigos excessos, previnem com segurança a repetição desses crimes”. Segundo Aldo Sinisgalli, “a experiência de séculos [...] nos prova que punir homossexuais é agir sem nunca atingirmos os resultados visados”, o que justificaria a impossibilidade de aplicar penas a esses indivíduos pois “além de doentes, são irresponsáveis pelo seu mal” sendo injusto, incoerente e absurdo trata-los como criminosos (2000, p. 218).

A solução, portanto, seria mudar a abordagem, como afirmou o médico



legista Afrânio Peixoto, em prefácio para o livro “Missexualidade e arte” de autoria de Sílvio Marone, publicado em 1947: “em vez de anátema, o tratamento. Em vez de enxofre derretido, hormônios. Por que um labél de infâmia há de perseguir os missexuais? O que nos cumpre, humanamente e, moralmente é tratá-los, corriji-lhes a natureza errada, como se faz aos aleijados” (MARONE, 1947, p. 2).

A homossexualidade que já havia sido considerada fruto de, por exemplo, perturbações oriundas do mal funcionamento das glândulas de secreção interna, agora era transportada ainda para o campo da Medicina, mas desde então sob o albergue da psiquiatria (RIBEIRO, 1938, p. 163).

Nesse contexto Sinisgalli afirmava ainda que “para os invertidos, tratamento: disso é que eles precisam. Que se deixe ao médico e ao educador a cura dos males orgânicos e psíquicos, porque são eles os competentes”. Surgem então vários indicativos, todos apresentados pelas instituições de controle; antes de tudo “punir através de uma educação que fortaleça o caráter, reitere a virilidade e ensine o respeito pela sociedade – processo enfatizado desde os higienistas do século XIX” (TREVISAN, 2018, p. 181).

Leonídio Ribeiro já em 1938 chamava a atenção dos jovens para o perigo do que ele chamava de “proselitismo exercido nos meios artísticos e literários, onde é mais frequente essa anomalia do instituto sexual” (RIBEIRO, 1938, p. LXXXII), alertando que “há a preocupação dominante, entre os invertidos sexuais, de conquistar, por todos os meios, novos adeptos de suas tendências amorosas anormais”.

Para outra corrente da medicina a homossexualidade não poderia ser considerada apenas uma doença mental, devendo constar dentro do campo das depravações morais, o que já na década de 1920 fez o cerco à sexualidade diversa se intensificar. Convém lembrar que anos depois inicia-se o nazifascismo na Europa e isso atrelado ao clima de autoritarismo do Estado Novo Brasileiro (1937-1946) influenciou profundamente o endurecimento contra a atividade homossexual, a exemplo do que aconteceu na Primeira Semana Paulista de Medicina Legal, em 1937 (TREVISAN, 2018, p. 186).

Disso nasceu um projeto de Código Penal que contava com um artigo, o de número 258 onde se previa que “atos libidinosos entre indivíduos do sexo masculino serão reprimidos, quando causarem escândalo público”, impondo-se aos sujeitos detenção de até um ano. Tal inovação não foi introduzida no Código Penal de 1940, em vigor no Brasil até os dias atuais.

## **Os casos de Febrônio Índio do Brasil e do jornalista Chrisóstomo de Oliveira**

Febrônio Índio do Brasil foi condenado pela justiça brasileira como um “louco moral”<sup>5</sup>. Porém, sua prisão se deu em relação a acusações de estupro

---

5 Para o conceito psiquiátrico de “louco moral” e seus sinônimos ver: FRY, Peter. Febrônio Índio do Brasil: onde cruzam a psiquiatria, a profecia, a homossexualidade e a lei. In:

e morte de um menor de idade, no ano de 1927, quando ele tinha 32 anos. Sobre sua história, registra FRAY (1983, p. 71) que nascido em São Miguel de Jequitinhonha, no Estado de Minas Gerais, Febrônio fugiu da casa do pai, um açougueiro agressivo e violento com os filhos. Aos catorze anos, tendo aprendido a ler por contra própria, foi preso no Rio de Janeiro por um pequeno furto, e mandado primeiro a uma escola de correção e depois para uma casa disciplinar, tendo por onde passado posteriormente, adquirido fama de insubordinado.

Complementa CENDRARS (1976, p. 171) que Febrônio aprendeu nessas passagens ofício de benzedor, cirurgião e dentista e após tornar-se cristão fervoroso passou a comparar-se ao profeta Daniel. Ao ser libertado viajou o país e em São Paulo e no Rio de Janeiro atuou clandestinamente como médico. Na então capital federal Febrônio anunciou ser profeta de uma nova religião, denominando a si mesmo de Príncipe do Fogo. Afirmava, portanto, que ouvia muitas vozes e teria visões nas quais o diabo o colocava à prova e o surrava; além disso, dizia ver uma mulher loira, a qual lhe delegou a função de anunciar ao mundo que deus não estaria morto e para tanto o autorizou a marcar a si próprio e mais dez jovens com o sinal “d.c. v.x. v.i.” que segundo ele “era o símbolo do deus vivo, ainda que com o emprego da violência”.

Preso novamente no Rio de Janeiro acusado de assassinato, a polícia desconfiou que haveria muitos outros crimes de homicídio os quais guardavam identidade com o *modus operandi* praticado por Febrônio. Nessa prisão, o diretor da casa assignou certa vez que Febrônio costumava render-se “ao vício da pederastia”, mencionando que quando esteve em liberdade ele escolhia suas vítimas entre pequenos vendedores e engraxates, aos quais oferecia presentes e os tratava com gentileza e, apresentando-se como um herdeiro de imensa fortuna oferecia-lhes emprego. Depois, levava-os para o mato – onde aliás foi preso em flagrante, despido e com uma espada ensanguentada às mãos, ao lado do cadáver. TREVISAN (2018, p. 189) adiciona que para salvá-lo de uma condenação, seu advogado alegou tratar-se de um doente mental, motivo pelo qual solicitava ao juiz seu internamento em um manicômio, sob o argumento de que sadismo e homossexualismo (sic) estariam conectados; em relação à sua religiosidade criminoso o enquadrava como um “louco moral”, portanto tão responsável “por seus atos quanto o cego por sua cegueira” (FRY, 1983, p. 73-74).

A conclusão do relatório feito pelo perito Heitor Carrilho, diretor do manicômio onde Febrônio esteve internado, concluía que ali se tratava de um caso de “anormalidade constitucional” com perversões instintivas sexuais, em relação à homossexualidade sádica. Também conclui o perito que se tratava de um doente criminalmente irresponsável, porém altamente perigoso, devendo “ficar segregado *advisitam* para os efeitos salutares da defesa social, em estabelecimento apropriado para psicopatas delinquentes” (FRY, 1983, p. 74).

---

VOGT, Carlos (Org.). Caminhos Cruzados: Linguagem, antropologia e ciências naturais. São Paulo: Brasiliense, 1982.

Em 1933 Febrônio escreveu ao juízo da 6ª vara criminal do então Distrito federal, solicitando um novo exame pericial em si, o que foi liminarmente negado pelo juiz ao argumento de que “o diretor do hospício não deixaria de lhe comunicar o estado de saúde do paciente, se fosse possível isto acontecer” (FRY, 1983, p. 75). Um ano depois, dois outros pedidos foram negados, um feito pelo internado e outro por seus irmãos; examinado pelo mesmo perito foi considerado doente, nos mesmos termos do relatório primeiro.

Importante registrar que mesmo após oito anos de reclusão no manicômio, Febrônio ainda não tivera sua culpa formada em sentença passada em julgado, o que motivou um de seus irmãos a requerer nova perícia, pois segundo ele, além de não haver veredito condenatório, o acusado não agia mais com violência, deixando, inclusive, de atacar pessoas mais fracas do que ele. O juiz mais uma vez indefere o pedido e em sua decisão afirma que a carta enviada havia sido escrita de próprio punho por Febrônio.

As informações apresentadas pelos irmãos de Febrônio parecem terem sido confirmadas pelo médico Pedro Nava, após uma visita ao manicômio judiciário em 1934. A autora Monique Le Moing (1996, p. 28-29) explica que para agradecer a Nava, foi trazido Febrônio em Pessoa, “um degenerado manso que não oferece nenhum perigo” graças à eficácia do tratamento, disse o médico diretor. Vestido de terno de brim, gravata e sapatos amarelos “escrupulosamente engraxados”, Febrônio tornara-se um preso-funcionário. “Enquanto introduzia o médico no interior do estabelecimento, Febrônio ia lhe contando os crimes horrendos praticados pelos demais internos, que, segundo ele, eram nojentos e mereciam a pena de morte, como se o próprio Febrônio não fizesse parte daquele universo” (NAVA, 1983, p. 364-366). A narrativa apresentada acima, segundo João Silvério Trevisan (2018, p. 191), dá a exata dimensão do quanto ele era domesticado.

O último pedido de revisão de sua internação foi feito pelo próprio Febrônio e, como explica FRY (1983, p. 79) talvez tenha sido a resposta dada pelo mesmo juiz, a responsável por sua desistência em relação à sua liberdade. Segundo narra o autor disse o juiz: “seu lugar é no manicômio judiciário, de onde só poderá sair quando a ciência tomar a responsabilidade da sua completa cura”. Vinte e nove anos depois de ter sido preso, ou seja em 1956, dois peritos avaliam o internado dizendo que “pouco importa que cometeu crime ou não cometeu; trata-se que já acabou o máximo de pena imposta a qualquer criminoso; em nosso país, o máximo de pena para qualquer crime é de trinta anos de prisão”. No entanto o mesmo autor registra que em 1982, aos 86 anos de idade, Febrônio ainda permanecia no manicômio quando então morreu em 1984, completando ao todo 57 anos de reclusão, tornando-se o brasileiro que mais tempo ficou encarcerado, sem nunca ter sido condenado pelos crimes pelos quais foi acusado. À míngua de uma figura típica que abarcasse sua sexualidade como crime, condenaram-no como louco moral.

O caso do jornalista Roosevelt Antônio Chrysóstomo de Oliveira, embora tenha acontecido em contexto e época diferentes, indica que manipula-

ção da homossexualidade pode ser considerada como um *modus operandi* da sociedade brasileira. Entre este caso e o de Febrônio é possível encontrar-se muitos pontos em comum, corroborando no entendimento de que em relação ao sistema psiquiátrico, a homossexualidade pouco mudou “sendo coadjuvado por novos e mais sutis sistemas de opressão” (TREVISAN, 2018, p. 192).

Antônio Chrysóstomo foi um jornalista bastante conhecido no Brasil, sobretudo na década de 1970, quando atuava como crítico musical. Atuou também em jornais importantes, a exemplo do *Lampião*, periódico que se dedicava às questões homossexuais, cujos exemplares foram vendidos entre 1978 e 1981. Agnaldo Silva (1986, p. 56-57) registra que em fevereiro de 1979 o jornalista adotou uma garota de três anos de idade, chamada Cláudia, a qual era diariamente vista nas mediações da redação do jornal *Lampião* mendigando na rua com sua mãe deficiente intelectual. Quando seus vizinhos tomam conhecimento da adoção, inicia-se uma campanha contra Chrysóstomo. Uma vizinha e a empregada doméstica do jornalista que viviam no mesmo prédio onde ele morava testemunharam perante o juiz de menores (sic) que o periodista estaria estuprando a infante pois tinham notado sua vagina “vermelha e inchada”. Complementa o autor que formou-se uma espécie de comitê de caça em que não faltaram telefonemas ao jornal ameaçando iniciar um escândalo, caso ele não fosse imediatamente demitido. Pouco depois a criança foi retirada de sua custódia e foi viver na Fundação Nacional do Bem Estar do Menor.

Os peritos designados para avaliar a criança constataram integridade do hímen, contudo, mesmo assim, Chrysóstomo foi indiciado não pelo estupro, mas sob a acusação de “maus-tratos contra menor” e “uso de menor para fins condenáveis”. TREVISAN (2018, p. 193) aduz que ainda assim as investidas contra ele por parte da imprensa continuaram, tendo um dos jornais da época publicado manchetes sensacionalistas, como a que dizia “Servia a menina de bandeja, nos embalos do mexe-mexe”. A notícia publicada pelo então *Jornal A Luta*, convocava o Poder Judiciário a prender o “estuprador”, o que foi efetivamente determinado e cumprido no dia posterior.

O próprio jornalista, em livro publicado intitulado “O Julgamento de um Preconceito”, datado de 1983, denuncia que recebeu o mandado de prisão e o motivo seria porque se tratava de um “pedofílico”, numa cidade onde existem milhares de menores abandonados, nas palavras do Promotor de Justiça que pediu sua prisão (CHRYSÓSTOMO, 1983, p. 29). Nesse mesmo pedido, segundo o próprio jornalista, o membro do Ministério Público fez constar nos autos um exemplar do jornal onde ele trabalhava para “dar uma noção exata da personalidade daqueles que leem o jornal e, a fortiori, dos seus responsáveis”, o que foi acatado pelo juiz, o qual fez constar em sua decisão que se tratava de “um pasquim imoral e contrário aos bons costumes” (CHRYSÓSTOMO, 1983, p. 30-31).

Antes de ser condenado o jornalista passou oito meses preso preventi-

vamente; quando então condenado, a ele foi imposta uma pena de dois anos e oito meses de prisão por atentado violento ao pudor e dois meses e vinte dias por maus-tratos a menor, além de um ano de medida de segurança em prisão por periculosidade social. O mais interessante é que a soma final das penas tinha como resultado um número que, em alguns meses, superava o mínimo descrito na lei como uma hipótese que vedava a concessão de benefícios, o que na opinião de João Silvério Trevisan (2018, p. 195) só não era mais gritante quando comparado com as irregularidades do próprio julgamento.

Por exemplo, o juízo condenatório baseou-se no testemunho da empregada doméstica que o havia denunciado, mas não levou em consideração que, quando ela foi chamada para reiterar sua acusação meses depois, desculpou-se aos prantos e pediu desculpas ao jornalista em público alegando que o “denunciara por pressão de outras vizinhas, interessadas em expulsá-lo do prédio” (CHRYSÓSTOMO, 1983, p. 53). Em recurso de apelação apresentado por sua defesa obteve anulação do julgamento de primeira instância, pois segundo o relator do caso “o julgamento anterior se baseava não em provas, mas em conjecturas”, quando então foi libertado no dia 17 de março de 1983, após um ano e nove meses de prisão (Idem, 1983, p. 53).

As similitudes entre os dois casos respondem ao questionamento descrito no problema da presente pesquisa e demonstram que de um a outro houve uma evolução no controle dos cidadãos por parte do aparato jurídico-psiquiátrico.

O caso Febrônio inaugura no Brasil a produção da homossexualidade enquanto uma doença, em continuidade a um processo que teve origem no século anterior (século XIX). A inimputabilidade do doente mental agravou sensivelmente essa tendência, desde um ponto de vista do Direito Penal, pois se nas mãos do juiz inquisidor o condenado cumpriria uma sentença líquida e certa, possibilitando inclusive, a obtenção de benefícios, a exemplo da liberdade condicional ou redução de pena, nas mãos da psiquiatria o “louco moral” não teria sequer uma sentença que estabelecesse prazos e limites, e como consequência, poucas seriam as possibilidades de recursos. A autoridade conferida ao médico psiquiatra fazia com que dependesse unicamente deste a decisão de obrigar ou não alguém a submeter-se a tratamento pelo resto da vida, como aconteceu com Febrônio.

No que toca ao caso do jornalista Chrysóstomo, um fato importante parece conferir a ele um elemento ainda mais curioso em relação ao anterior: toda a perseguição direcionada a ele foi feita com a colaboração de pessoas que à época representavam a ala progressista da política brasileira, tendo sido uma mulher com pretensões feministas a responsável pela preparação dos acusadores do jornalista “sob o pretexto de que era preciso defender sua filha daquele monstro estuprador” (SILVA, 1986, p. 58). João Silvério Trevisan (2018, p. 199) sustenta que no Jornal Folha de São Paulo, à época lido como uma plataforma liberal, uma feminista recusava-se a dar matéria em defesa do colega de profissão, confidenciando que “ele tinha culpa no cartório”.

Também no caso do jornalista é possível observar-se outro fenômeno curioso: o mecanismo de controle utilizado contra si conseguiu unir sem maiores problemas o aparelho jurídico-psiquiátrico-policial e a opinião pública, uma associação que passou a funcionar com bastante frequência quando casos envolvendo homossexuais eram divulgados em tom midiático, associados à pedofilia, por exemplo. Em ambos os casos, guardadas as devidas particularidades, a homossexualidade foi manipulada para servir com uma característica que pudesse, de alguma forma, agravar uma conduta penal, funcionando como um fato gerador de depreciação moral, que no decorrer dos anos vindouros evoluiria (sic) para execuções físicas e assassinatos, quase sempre praticados com requintes de crueldade, na tentativa de matar a humanidade daquele corpo que não importa.

## Conclusão

A busca pela resposta ao problema e pela confirmação da hipótese foi feita a partir dos objetivos da pesquisa. Como objetivo principal buscou-se no decorrer do texto demonstrar que a manipulação da homossexualidade pelo aparato jurídico-político-psiquiátrico contribuiu para o crescimento expressivo dos índices de violência contra a população LGBTQ+, nas duas primeiras décadas deste milênio. Como objetivos específicos (i) traçou-se uma linha no tempo, com vistas a demonstrar o processo de conformação da identidade nacional, relacionada especialmente com as questões ligadas à sexualidade; (ii) também buscou-se apresentar casos que comprovassem a utilização da homossexualidade como uma arma política contra adversários; (iii) e por fim demonstrar, a partir de dois casos concretos (Febrônio e Chrysóstimo), como se deu a manipulação da homossexualidade pelos aparatos de controle do Estado, transformando-a em uma conduta social a desmerecer moralmente o sujeito em relação a uma acusação criminal.

A partir desses itens metodológicos a pesquisa chegou à conclusão de que a hipótese levantada foi confirmada, e explica-se. O século XX pode ser considerado o momento em que a sociedade internacional reconheceu nos direitos humanos e na dignidade da pessoa humana o caminho ser seguido, sobretudo após o segundo conflito mundial, finalizado em 1945; todavia neste mesmo século houve os piores massacres de que se tem notícia na história recente, quase todos fruto do vácuo político-ideológico – que viu na derrocada do Comunismo e na crise do Capitalismo pós Guerra Fria – um aliado ao milenarismo das religiões cristãs no sentido de criar um terreno fértil para os alarmantes índices de violência e de intolerância contra pessoas LGBTQ+ nas duas primeiras décadas do século XX.

À falta de uma estatística oficial, ou seja, realizada por órgãos públicos encarregados da Segurança Pública nos Estados da federação, inúmeras associações e organizações não governamentais têm trabalhado no sentido de quantificar e detalhar as mortes de pessoas pertencentes ao coletivo, com vis-

tas a dimensionar a extensão do dano à vida de todo o coletivo LGBTQ+ no Brasil. Por exemplo, o GGB – Grupo Gay da Bahia, uma das organizações mais atuantes nessa atividade de exposição da violência à comunidade LGBTI brasileira, fez publicar relatório em 2016 confirmando a onda crescente de violência contra essa comunidade:

Assim, a inserção da sexualidade diversa no âmbito das doenças mentais, característica do poder da medicina psiquiátrica no século XIX e XX, inobstante tenha sido freada quando a sociedade americana de medicina retirou a homossexualidade de seu manual de doenças mentais, alardeou efeitos na construção do imaginário social, cujos efeitos ainda se podem colher nos dias atuais, a exemplo das propostas de “cura gay”, encabeçadas por expoentes do milenarismo brasileiro.

Os casos de Febrônio e de Chrysóstomo são apenas dois dos poucos que publicamente se tem notícia, no entanto, apresentam de forma pormenorizada o *modus operandi* utilizado pelas elites brasileiras (inclua-se as elites econômicas, judiciais, sexuais, de gênero e raciais) para apoderarem-se da estrutura do Estado, com vistas a mitigar a dignidade de pessoas LGBTQ+, fazendo com que nos dias atuais a luta seja, ainda, primeiramente, pelo direito de viver.

## Referências

- BASTIDE, Roger. **Brasil, terra de contrastes**. São Paulo: Editora Difel, 1975.
- CENDRARS, Blaise. **Etc..., etc... (um livro 100% brasileiro)**. São Paulo: Perspectiva, 1976.
- COUTO, Jorge. **A construção do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2011.
- CHRYSÓSTOMO, Antônio. **Caso Cryóstomo: o julgamento de um preconceito**. Rio de Janeiro: Codecri, 1983.
- FRY, Peter. **O que é homossexualidade?** São Paulo: Brasiliense, 1983.
- GREEN, James Naylor. **A homossexualidade masculina no Brasil do Século XX**. Trad. Cristina Fino e Cássio Arantes Leite. São Paulo: Editora Unesp, 2000.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do Paraíso: Os motivos endêmicos no descobrimento e colonização do Brasil**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.
- LE MOING, Monique. **A solidão povoada**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.
- MARONE, Sílvio. **Missexualidade e arte**. São Paulo: Edição do autor, 1947.
- NAVA, Pedro. **O círio perfeito**. São Paulo: Ateliê Editorial, 1983.
- NUNES, Viriato Fernandes. **As perversões sexuais em medicina legal**. São Paulo: Faculdade de Medicina, These Inaugural, 1928.
- PASOLINI, Pier Paolo. **Il sogno del centauro**. Roma: Riuniti, 1983.
- PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. Baurú: Jalovi, 1980.

RIBEIRO, Leonídio. **Homossexualismo e endocrinologia – Parte 1.** Arquivos de medicina legal e identificação. Rio de Janeiro, n.14, jan. 1937.

RIBEIRO, Leonídio. **Etiologia e tratamento da homossexualidade.** Arquivos de medicina legal e identificação. Rio de Janeiro, n. 15, jan. 1938.

SILVA, Agnaldo. **Memórias de guerra.** Rio de Janeiro: Record, 1986.

SINISGALLI, Aldo. **Considerações gerais sobre o homossexualismo.** Arquivos de Polícia e Identificação. São Paulo, v. II, n. 1, 1938-9.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: A homossexualidade no Brasil, da Colônia à atualidade.** 4. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.



# POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE LGBT: UMA ANÁLISE DO CONCEITO DE EQUIDADE NAS CAMPANHAS DO MINISTÉRIO DE SAÚDE BRASILEIRO

Cláudia Moraes e Silva Pereira

Doutoranda em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa

## Resumo:

Este trabalho busca refletir sobre o conceito de equidade na Política Nacional de Saúde LGBT e nas campanhas publicitárias elaboradas pelo Ministério da Saúde do Brasil sobre o tema da diversidade. Foram analisadas três campanhas nacionais voltadas para a equidade homossexual: a primeira destinada a mulheres homossexuais (2015), a segunda para homens homossexuais (2016) e a terceira para pessoas transgêneras (2016), de acordo com a metodologia de análise de imagem desenvolvida por Bauer (2003), Penn (2003) e Rose (2003). Os resultados revelaram que as campanhas representam a população LGBT a partir de um estereótipo socialmente aceito e, portanto, um estereótipo limitado da comunidade LGBTQI+, que não representa a realidade brasileira atendida no setor público de saúde. O conceito de equidade é, portanto, também de acesso limitado pelo fato de não haver espaço para a representatividade dos setores mais oprimidos.

**Palavras-chave:** Representação Social; Política de Saúde; Equidade; População LGBTQI+.

## Introdução

As pautas específicas da política pública de saúde brasileira para a população LGBTQI+ surgem a partir da década de 80 com o aparecimento do HIV. De acordo com “Agenda estratégica para ampliação do acesso e cuidado integral das populações-chave em HIV, hepatites virais e outras infecções sexualmente transmissíveis” publicada pelo Ministério da Saúde do Brasil, através da Secretaria de Vigilância em Saúde Departamento de Vigilância, Prevenção e Controle das Infecções Sexualmente Transmissíveis, do HIV/AIDS e das Hepatites Virais, fazem parte da população-chave do perfil epidemiológico-

co das infecções sexualmente transmissíveis (IST's) no Brasil: os homens homossexuais, os homens que fazem sexo com homens (HSH), as trabalhadoras do sexo, as pessoas trans, além de pessoas que usam álcool e drogas e pessoas privadas de liberdade.

Em conjunto com o perfil de pessoas atingidas pelo vírus HIV, o preconceito e a discriminação reforçam estereótipos negativos sobre a população LGBTQI+, seja em função da doença, seja em função da orientação sexual ou da identidade de gênero. Os desafios referentes à concepção de saúde e o enfrentamento de barreiras socioeconômicas e culturais são aspectos centrais para atingir uma situação de equidade na implementação de políticas de saúde para esta população, combatendo diversas formas de estigma e discriminação.

As políticas públicas de saúde voltadas à população LGBTQI+ vão além do tratamento às IST's. Elas estão pautadas por três princípios básicos do Sistema Único de Saúde (SUS): a universalidade, a equidade e a integralidade. Especificando os princípios do SUS, a universalização define a saúde como um direito de cidadania de todas as pessoas, cabendo ao Estado assegurar este direito. Nesse aspecto, o acesso às ações e serviços que envolvem a saúde pública deve ser garantido a todas as pessoas, independente de sexo, raça, ocupação ou qualquer característica social ou pessoal.

O princípio da equidade tem como objetivo a diminuição das desigualdades no setor de saúde. Ainda que todas as pessoas tenham direitos aos serviços, as pessoas não são iguais e, por isso, possuem necessidades distintas. Assim, a equidade “significa tratar desigualmente os desiguais” de acordo com suas necessidades particulares. E, por último, o princípio da integralidade, o qual considera as pessoas como um todo e devem ser atendidas em todas as suas necessidades. Este princípio versa sobre a integração de ações para promoção de saúde, prevenção de doenças, tratamento e reabilitação. Ainda, esse princípio pressupõe uma articulação com outras políticas públicas e a atuação intersetorial entre diferentes áreas.

Desde a implementação do SUS em conjunto com a Constituição Federal de 1988, o conceito de equidade tornou-se referência na saúde pública. E, por isso, é um dos pontos que discutimos nesse artigo. Questionamos se o conceito de equidade é trabalhado pelos órgãos governamentais e, caso seja, como ele é organizado para alcançar os profissionais da saúde que atuam diretamente com a população LGBTQI+. Acreditamos que o entendimento e a compreensão do significado do conceito de equidade por parte destes profissionais podem ajudar na superação das barreiras descritas pelo documento do Ministério da Saúde, bem como auxiliar o trabalho e as ações desses profissionais em direção a uma atuação respeitosa e igualitária, sem interferência de possíveis crenças sociais e estigmatização.

Neste momento, observamos uma onda de campanhas anti-gênero e o fortalecimento do termo ideologia de gênero construído por setores religiosos e militantes populistas de direita (PATERNOTTE; KUHAR, 2018) para se opor ao debate da igualdade de gênero e diversidade sexual. O fortaleci-

mento desse discurso se estabelece em diferentes espaços sociais, inclusive no espaço da saúde, o que nos parece contraditório na medida que as políticas de saúde para a população LGBTQI+ tornaram-se visíveis e se efetivaram enquanto políticas públicas no Brasil.

Nesse sentido, diante desta conjuntura sociopolítica e cultural, o presente trabalho possui como objetivo discutir o conceito de equidade presente no âmbito da saúde e verificar sua presença em materiais como os documentos como a Política Nacional de Saúde LGBT e as campanhas do Ministério da Saúde, a fim de levantar questionamentos sobre o atendimento e a incorporação da população LGBTQI+ referente ao direito da saúde.

Apontamos que o acesso ao conceito de equidade por parte desses profissionais pode auxiliar em atuações que buscam a compreensão da diversidade ou, por outro lado, podem fortalecer ações contrárias a manifestações de preconceito e estigmatização relacionadas ao atendimento de homens e mulheres homossexuais, pessoas transgêneras e intersexuais. Assim, o conceito de equidade e a forma como é concebido na Política Nacional de Saúde LGBT embasam também a discussão deste trabalho.

## **Conceito de Equidade na Política Pública de Saúde**

Ao compreender a saúde como um direito social, relacionamos a saúde como um elemento importante para a ampliação da cidadania sob responsabilidade Estatal, buscando a aquisição do bem-estar e seguridade econômica e social.

Barros e Sousa (2016) apontam para uma reflexão sobre o princípio de igualdade que orienta a cidadania, que acaba em uma contradição. A igualdade desemboca na universalidade (i.e., princípios universalistas de justiça) que tende à busca pela homogeneização, diluindo as diferenças e prejudicando os grupos menos favorecidos. E, a partir dessa contradição, o conceito de equidade se faz presente, na medida em que busca as diferenças dentro do espaço de cidadania, tal qual é um espaço de igualdade.

Para tal contradição e para o entendimento do conceito de equidade, Paim e Silva (2010) afirmam que este deve ser compreendido em conjunto com os conceitos de integralidade e universalidade que acompanham as elaborações teóricas e práticas no âmbito da política pública de saúde no Brasil e no mundo.

As noções de equidade, universalidade e integralidade são estabelecidas a partir do modelo de proteção social e intervenções sanitárias que cada nação engendra, influenciada ou não por relações internacionais. Nesse sentido, entender tais conceitos nas políticas públicas exige inicialmente a compreensão do contexto do surgimento do sanitarismo e dos sistemas de proteção social. O sanitarismo surgiu com o liberalismo econômico e político do século XIX e defendia a intervenção do Estado, propondo uma legislação sanitária, além de ações para o enfrentamento de epidemias, o que, posteriormente, consti-

tuuiu as bases para a Saúde Pública atual (PAIM; SILVA, 2010).

Os sistemas de proteção social surgiram primeiramente nos países europeus e estavam baseados na assistência, especificamente de pessoas pobres. No final do século XIX teve início a cobrança do seguro social, onde trabalhadores, empresários e o Estado contribuíam previamente para a proteção dos indivíduos (i.e., casos de morte, aposentadoria, acidente, doenças) “de modo que este tipo de sistema de proteção social foi denominado de meritocrático. Além disso, o seguro admite uma cidadania regulada, já que o acesso aos benefícios não é universal, nem se baseia na integralidade e na equidade, mas no mérito da contribuição” (PAIM; SILVA, 2010, p. 2)

A partir do século XX surgem as políticas públicas de caráter universal e o Estado de Bem-Estar Social. Do ponto de vista histórico, estabelece-se um sistema de proteção social conhecido como seguridade social. Nesse sistema, a solidariedade a partir dos impostos coletados mantém o sistema onde, também, o acesso aos seus benefícios torna-se inerente à condição de cidadania. Dessa forma, a universalidade passa a ser contemplada. No caso particular do Brasil, o sanitarismo aparece no século XX, ao mesmo tempo em que a previdência e a assistência médica apareceram. As instituições do seguro social foram unificadas durante o processo ditatorial e, somente com a Constituição de 1988, a Seguridade Social foi estabelecida, composta pela saúde, previdência e assistência social, além de permitir a implementação do SUS (PAIM; SILVA, 2010).

A Constituição de 1988 concebeu, então, o Sistema de Seguridade Social (ou seja, saúde, previdência e assistência) onde, especificamente na saúde, permitiu a implantação do SUS. Portanto, a universalidade e a equidade estão diretamente ligadas aos conceitos de cidadania e igualdade. De acordo com Paim e Silva (2010) a partir disso, foi possível orientar políticas econômicas e sociais para a garantia do direito à saúde, fazendo referência ao acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação.

No que se refere ao conceito de equidade, Paim e Silva (2010) apontam para a proximidade com a palavra igualdade, sendo por vezes consideradas como sinônimos e se colocando como um contraponto para as desigualdades sociais, econômicas e sanitárias. Assim, ao tentar responder a contradição colocada por Barros e Sousa (2016), os autores já apontavam:

É possível distinguir a equidade horizontal e a equidade vertical baseadas na ideia aristotélica de justiça. A primeira diz respeito ao igual tratamento para iguais e a segunda supõe tratamento desigual para desiguais. Embora a igualdade seja um valor importante, haveria situações em que ocorrem grandes desigualdades, como no acesso aos serviços de saúde. Nesses casos, atender igualmente os desiguais poderia resultar na manutenção das desigualdades. Assim, a questão posta vai no sentido de demonstrar que a igualdade pode não ser justa. Com vistas, sobretudo, à distribuição de recursos, a noção de equidade admite a possibilidade de atender desigualmente os que

são desiguais, priorizando aqueles que mais necessitam para poder alcançar a igualdade. (PAIM; SILVA, 2010, p. 3-4).

Paim e Silva (2010) afirmam que o SUS tem sido defendido como política universal, mas que pode contemplar progressivamente a equidade. Nesse aspecto, os autores defendem que o conceito de equidade não se contrapõe ao conceito de universalidade, pois o sistema de saúde ao ser universal pressupõe a utilização do mesmo por todas as classes sociais, causando uma pressão para que as classes populares possam acessar os serviços de saúde com melhor qualidade, exercitando a equidade. Assim, a universalidade possibilita o exercício da justiça na esfera pública, identificando grupos e categorias essenciais dentro de uma perspectiva de comunicação e cooperação.

Esta visão, para nós, se mostra limitante no sentido de que o conceito de equidade se vincula apenas ao sistema de classe, além de demonstrar um movimento de cima para baixo, onde traduzimos e interpretamos como se o sistema de saúde equalitário procedesse da utilização das classes sociais altas e médias. Ou seja, abrindo os serviços para as classes altas e médias, os serviços públicos naturalmente melhorariam para atender esta população. Nos parece um tanto restrita a afirmação dos autores.

Esta visão de Paim e Silva (2010) é criticada também por Barros e Sousa (2016) quando estes apontam que uma visão de equidade se coloca como uma adaptação da norma geral a situações específicas, a aplicação de uma norma genérica quando empregada literalmente, sem se levar em conta as especificidades de diferentes situações, poderia produzir injustiça.

Para os autores, a equidade na saúde deve ser vista como um conceito multidimensional que inclui, para além do processo prevenção-saúde-doença, aspectos como justiça, discriminação da prestação da assistência, versatilidade de recursos e impactos de acordos sociais. Nesse aspecto, sobre a relação de classe, Barros e Sousa (2016, p. 12) apresentam seu pensamento:

[...] ao correlacionar equidade e classe social, distingue equidade/ iniquidade de igualdade/desigualdade ao afirmar que a iniquidade é a categoria que define as relações e contrastes de poder existentes numa formação social e resulta da acumulação histórica de poder, decorrente do processo no qual uma determinada classe social apropria-se das condições de poder que, em geral, são interdependentes: apropriação e acumulação econômica, política e cultural. Já desigualdade seria a expressão resultante dessa iniquidade, que expressa uma injustiça na repartição de bens e serviços que existem numa sociedade. Em outras palavras, enquanto a iniquidade é uma categoria explicativa, a desigualdade é uma expressão explícita da iniquidade.

Para além da relação de classe social, o conceito carrega consigo o direito das minorias, introduzindo as diferenças no espaço público para a garantia da igualdade. Para Barros e Sousa (2016, p. 13), dada a diversidade das socie-

dades modernas, o conceito de igualdade só se completa com o compartilhamento do conceito de equidade, “posto que não basta a existência de um padrão universal se não comportar o direito à diferença. O padrão passa, então, de homogêneo a equânime”. Nesse aspecto, equidade significa dizer que as pessoas são diferentes e possuem necessidades diversas.

No Brasil, tem-se procurado enfaticamente no campo da Saúde Coletiva destacar que a superação de desigualdades em saúde exige a formulação de políticas públicas equânimes, o que implica, por um lado, reconhecer a saúde como um direito de cidadania e, por outro, priorizar as necessidades como categoria essencial para a promoção de justiça. É preciso, ainda, incorporar à pauta certas diferenças e diversidades como as relacionadas à questão das condutas de risco e das heterogeneidades de base étnico-culturais.

Nesse aspecto podemos dizer que a elaboração da Política Nacional de Saúde LGBT compõe esta visão sobre equidade na tentativa de incorporar pessoas homossexuais e transgêneras nos atendimentos de saúde público, bem como capacitar profissionais para atender a demanda.

## **Políticas Nacional de Saúde LGBT**

A Política Nacional de Saúde Integral LGBT, a qual orienta Plano Operativo de Saúde Integral LGBT, é datada de 1º de dezembro de 2011 e foi elaborada pelo Ministério de Saúde a partir da Portaria nº 2.836 e pactuada pela Comissão Intergestores Tripartite (CIT) conforme Resolução nº 2 do dia 6 de dezembro de 2011.

Sua formulação está baseada nas diretrizes do Programa Brasil sem Homofobia, coordenado pela Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal no ano de 2004, no primeiro mandato do Governo Lula. Ainda, é parte do Programa Mais Saúde: Um Direito de Todos, lançado pelo Ministério da Saúde no ano de 2008, com a iniciativa de construir mais possibilidades de equidade no âmbito de atendimento do SUS. A Política Nacional de Saúde LGBT é composta por diretrizes que operacionalizam planos contendo estratégias e metas sanitárias, bem como desafios e compromissos federais, estaduais e municipais a partir das Secretarias e Conselhos de Saúde em todas as áreas do Ministério da Saúde. Para a construção dessa Política, o Ministério da Saúde contou com a colaboração de diversas entidades da sociedade civil organizadas, como as Organizações Não Governamentais que, historicamente, participaram dos movimentos sociais em defesa dos direitos da população LGBT, garantindo um amplo debate e o exercício da democracia.

O conceito de saúde utilizado pelo documento parte de uma concepção ampliada, para além da assistência médico sanitária, que objetiva o acesso das pessoas e coletividades aos bens e serviços públicos oferecidos pelas políticas sociais. Nesse aspecto, a saúde, a previdência e a assistência social integram o Sistema de Seguridade Social unificando a responsabilidade do Estado com o bem-estar da população brasileira de acordo com o artigo 194 da Consti-

tuição Federal de 1988. As diretrizes da Política Nacional de Saúde LGBT voltam-se às questões que objetivam a redução das desigualdades relacionadas à saúde da população mencionada. Assim, como dissemos, segue e reafirma o compromisso do SUS com a universalidade, a integralidade e participação da comunidade. As diretrizes envolvem ações de promoção, prevenção, recuperação e reabilitação da saúde, além de debates e desenvolvimento de conhecimentos em conjunto com a participação popular.

Sobre a equidade em específico, salientamos que existe uma diferença conceitual entre trabalhar com a categoria inequidade e a categoria desigualdade. A inequidade remete ao conceito de injustiça e ao debate de classe social, contrastes nas relações de poder e a acumulação econômica, política e cultural diferenciadas. Para a epidemiologia, a categoria inequidade torna-se importante para refletir a modulação de características dos componentes estruturais do modo de vida, explicando diferenças entre modos de vida de classes sociais diferentes. Por outro lado, a desigualdade resulta da inequidade e expressa injustiça na distribuição e acesso aos bens e serviços. Nesse sentido, enquanto a inequidade é uma categoria explicativa, a desigualdade é uma expressão observável da inequidade (BREILH, 2010).

Nesse aspecto, trabalhar com o conceito de saúde é compreender que a saúde vai além do atendimento individual, dos dados extraídos de pessoas individuais, mas sim, engloba uma análise de estrutura de poder e relações sociais de determinada sociedade. Compreendido isso, a epidemiologia precisa abordar a determinação que ocorre na dimensão geral da análise e nos modos de viver do particular, que se concretizam nas relações de inequidade que as pessoas enfrentam e que delimitam as possibilidades e os problemas de seus estilos de vida pessoais (BREILH, 2010).

Breilh (2010) explica que o problema de saúde pode ser visto como um processo individual e coletivo, dimensões diferentes, mas profundamente inter-relacionadas. O autor critica o modelo de determinação social assumido pela OMS e o discurso dos determinantes sociais da saúde, mesmo considerando ter sido um passo importante para a epidemiologia. Contudo, para o autor, a concepção de saúde permanece ligada a um neocausalismo, em que os determinantes sociais são compreendidos como fatores conectados externamente, expandindo uma visão de atuação sobre fatores e não contribui ao processo de transformação profundo.

No que concerne ao conceito de interseccionalidade presente na Política Nacional de Saúde LGBT, o documento aponta que debater o preconceito não pode ser um debate isolado, mas sim vinculado a outras formas de discriminação social, tais como o machismo, o racismo e a misoginia. O conceito de interseccionalidade permite propor um pensamento combinado sobre dominação de sexo, raça e classe, mas para além dos três aspectos, é importante para a compreensão de outras civilizações que não seguem o modelo ocidental, por isso também são presentes nos estudos pós-coloniais. Os estudos de gênero se colocam como campo importante na análise conjunta de classe e

raça, relacionando aspectos da sexualidade e do gênero. De acordo com Raymond Séchet (2012) tanto para a pesquisa científica quanto para a análise de políticas públicas, o desafio que se coloca é levar em consideração o gênero e a sexualidade sem esquecer a classe e a raça.

Como definição, interseccionalidade foi apresentada pela primeira vez por Kimberlé Crenshaw em 1989 onde definiu como expressão que designa a apreensão cruzada ou sobreposição de relações de poder, buscando superar a compreensão de categorias exclusivas como sexo, raça e classe. Deu base às elaborações do feminismo negro questionando a heterogeneidade das mulheres e colocando em dúvida uma suposta solidariedade entre mulheres no mundo abrindo possibilidades de combinar o marxismo e o feminismo, bem como classe e gênero (SECHET, 2012; HIRATA, 2014). Hirata (2014) aponta que as elaborações de Crenshaw a partir do Black Feminism focalizam as interseções entre raça e gênero, abordando parcial ou perifericamente o debate sobre classe ou sexualidade. Atualmente, suas elaborações podem ser resumidas na definição de Sirma Bilge (2009, *apud* HIRATA, 2014, p. 62-63).

A interseccionalidade remete a uma teoria transdisciplinar que visa apreender a complexidade das identidades e das desigualdades sociais por intermédio de um enfoque integrado. Ela refuta o enclausuramento e a hierarquização dos grandes eixos da diferenciação social que são as categorias de sexo/gênero, classe, raça, etnicidade, idade, deficiência e orientação sexual. O enfoque interseccional vai além do simples reconhecimento da multiplicidade dos sistemas de opressão que opera a partir dessas categorias e postula sua interação na produção e na reprodução das desigualdades sociais (BILGE, 2009, p. 70).

A preocupação volta-se, então, à aplicação mecânica do conceito de interseccionalidade. Para Kergoat e Galerand (2014) as palavras utilizadas – raça, gênero, classe – podem ser as mesmas, mas o contexto a que se aplicam nem sempre é o mesmo e devem ser situadas historicamente. Essas palavras fazem parte de um sistema de relações de poder fundamentalmente dinâmico, ou seja, se repetem e se recompõe continuamente por meio de práticas sociais e variam no espaço e no tempo. Torna-se, portanto, essencial para as autoras pensar em termos de relações sociais os processos que produzem categorias de sexo, classe e raça, ao invés da tríade gênero, classe, raça.

Nesse aspecto, para Kergoat e Galerand (2014) interseccionalidade se refere à interseção de sexismo, racismo e relações de classe, partindo de uma concepção aritmética de adição sobre a dominação, o que não explica de maneira profunda as relações sociais. Enquanto o conceito de consubstancialidade pressupõe uma análise relacional, de perspectiva materialista, colocando em primeiro lugar a centralidade do trabalho, vinculada à raça, ao gênero e à sexualidade. Contudo, como apontamento importante, as autoras afirmam que independente da utilização do termo interseccionalidade ou consubstan-



cialidade, o que deve prevalecer é a compreensão das relações de poder, e não simplesmente uma competição entre as dominações das diferentes categorias, pois percebem que a categoria de classe por muitas vezes é colocada em segundo plano nas elaborações científicas. Nesse aspecto, as autoras lançam a crítica à utilização da categoria heteronormatividade para a compreensão das relações de gênero sem considerar as relações econômicas, sociais e políticas que a elas se vinculam.

## **Análise das campanhas**

Para a análise das campanhas propostas pelo Ministério da Saúde brasileiro com o tema da equidade, nos apoiamos nas elaborações de Gastaldo (2013, p. 15) que afirma: “O discurso publicitário pode ser considerado como parte da cultura de uma sociedade, apresentando e representando valores, hierarquias sociais, relações de poder e definições sociais da realidade”. Nesse mesmo sentido, Duveen (2015) explica que as campanhas publicitárias apresentam informações e representações sobre determinados temas e, por ser publicidade, vendem uma ideia através de imagens presentes em folders, cartazes e vídeos. Esta ideia atinge o público em geral, fazendo com que este ‘compre a ideia lançada’ (DUVEEN, 2015).

A partir desses pensamentos preliminares, podemos visualizar a importância do papel da mídia na construção de informações e pensamentos a partir das campanhas publicitárias. De acordo com Gastaldo (2013), a mídia pode ser considerada como um gênero discursivo próprio, pois é definida como a defesa pública de um interesse privado e não é obrigada a se manter fiel às informações, ou seja, não tem compromisso de representar a realidade, podendo se utilizar de elementos simbólicos para representar uma determinada informação. Pedro Lucca Neto (2016), em seu estudo sobre as campanhas publicitárias na temática do HIV, afirma que a mídia é um elemento influenciador na percepção e interpretação do senso comum, a qual pode tanto influenciar quanto representar os posicionamentos dos seus executores.

É baseado nesses pensamentos que analisamos as campanhas a que nos propusemos. Nosso instrumento de análise está ancorado no método proposto por Gemma Penn em seu texto “Análise semiótica de imagens paradas” (2003) e Diana Rose com o texto “Análise de imagens em movimento” (2003). O método consiste em 3 etapas: análise de contexto, análise de imagens paradas e análise de conteúdo, onde expomos os resultados atingidos a seguir. O processo de análise de uma imagem pode ser descrito como uma dissecação em conjunto com uma articulação ou como uma reconstrução da imagem semantizada. O objetivo assim é tornar explícitos os conhecimentos culturais para compreender a imagem (PENN, 2003).

A campanha foi produzida em abril de 2016 e foi a primeira e única campanha referente à população LGBT que não teve como foco a prevenção ao vírus HIV. Desde 2004 o Ministério da Saúde atua especificamente com

políticas voltadas ao grupo, onde o pontapé inicial foi dado pelo Programa Brasil sem Homofobia. Depois da elaboração do programa, diversas Portarias e materiais foram construídos voltados à saúde de homossexuais e transgêneros no país. Selecionamos três principais cartazes que indicam a especificidade dos grupos e que utilizam o mesmo design e ideia para a representação do público. Nesse aspecto, analisamos os cartazes: homossexuais masculinos, homossexuais femininos e bissexuais, e pessoas transgêneras.

A população LGBT é representada na individualidade, seguindo a lógica do atendimento individual na saúde, embora exista o Programa de Saúde da Família no Brasil, o qual se apresenta como um dos principais vetores do Sistema Único de Saúde. A representação da população LGBT é realizada a partir de fotos de pessoas reais, identificadas pelo nome e profissão. Nesse sentido, podemos afirmar que a representação contida na imagem apresenta pessoas que se identificam da maneira apresentada na vida real. Não há nenhum traço de ficção e personagens na campanha. Este ponto é importante, pois, ao realizar a elaboração da campanha, as pessoas foram escolhidas por determinados critérios que tentamos destrinchar ao analisar os materiais, onde podemos identificar alguns aspectos estereotipados e genericados.

De acordo com as análises, podemos observar que a figura do gay, da lésbica e de pessoas trans estão representadas em uma perspectiva do “socialmente aceito” no estereótipo social. Chauvin e Lerch (2013) ao escreverem o livro *Sociologie de l'homosexualité* já apontavam que as relações entre pessoas do mesmo sexo por séculos foram reguladas pelas normas de gênero e estruturadas por uma polaridade masculino-feminino. Os autores afirmam que enquanto a noção moderna de orientação sexual emancipa teoricamente a homossexualidade da noção de inversão de gênero, as realidades históricas, as representações populares e maneiras de se afirmarem revelam uma paisagem identitária mais rica na qual a questão de gênero ainda permanece central. É como observamos as campanhas desenvolvidas pelo Ministério da Saúde sobre equidade. As representações de gênero estão fortemente presentes, ainda que de maneiras afirmativas.

Historicamente, a figura das pessoas homossexuais e transgêneras no imaginário social sofreram representações pejorativas e preconceituosas. De acordo com Muñoz (1996), algumas informações relacionadas à homossexualidade masculina se expressam na cultura popular, onde o olhar para o homem gay torna-se repudiado e estigmatizado. O autor cita as seguintes características: 1 – homogeneidade na caracterização (i.e., todos os homossexuais são representados da mesma forma, com as mesmas características); 2 – hipersexualização (i.e., definição colada à promiscuidade e busca de presas sexuais); 3 – infelicidade (i.e., representação como pessoas solitárias e aparências ridicularizadas); 4 – promiscuidade (i.e., buscam homens heterossexuais que os rechaçam, pois carecem de um critério de seletividade); 5 – afeminado (i.e., demonstra características femininas); 6 – sexo anal (i.e., sexualidade definida a partir da prática sexual, utilização de forma pejorativa).

O cartaz voltado à temática do homossexual masculino não apresenta essa caracterização do senso comum estabelecida por Muñoz (1996), ao contrário, há uma predominância das cores azuis para os homens, bem como da vestimenta característica masculina que aparecem como um reforço da representação da masculinidade. Nesse aspecto poderíamos apontar um avanço na representação do homossexual masculino. Contudo caímos em outro ponto que parece ser contraditório. Ao mesmo tempo que não apresenta uma imagem do homem gay de maneira pejorativa, apresenta uma imagem aceita socialmente, excluindo pessoas que não contêm determinadas características. É uma dicotomia que, talvez, não possua resolução.

O problema em demonstrar esta caracterização do homem gay é estabelecer um padrão para o público. Nesse sentido são homens gays aqueles que se portam “como homens” no universo cotidiano, e assim, caímos novamente na invisibilidade de “múltiplas masculinidades”, termo desenvolvido por Connel (2013). Neste caso, outras masculinidades. Para Chauvin e Lerch (2013) a imagem do homossexual afeminado pode ser a figura que se confronta politicamente com as normas de gênero da masculinidade hegemônica na cultura gay contemporânea, pois resgata uma historicidade marcada por uma prática subcultural do campo, ao mesmo tempo que acompanha as primeiras tentativas de legitimação da homossexualidade sobre o terreno do ativismo e da luta contra a AIDS.

Sobre a representação da mulher lésbica, parece haver uma diferenciação maior. As três mulheres estão representadas de maneiras diferentes em relação a roupas e vestimentas. Parece ser mais aceita a inversão das cores, como por exemplo, o azul no vestido da mulher da esquerda. Mas ainda, a predominância de roupas claras e vivas é colocada no cartaz. Diferente do cartaz masculino, podemos identificar maiores diferenças entre as personagens, mesmo que outras identidades não tenham sido representadas.

Nesse aspecto, percebemos que categorias de identificação construídas no contexto de mulheres, como as *butchs* e as caminhoneiras, que possuem um estilo de comportamento e apresentação social por códigos masculinos também não são representadas no cartaz, ainda que pareçam classificações pejorativas, estigmatizantes e homofóbicas. Contudo elas representam configurações que se colocam associadas às margens das classes populares. Em específico, o termo *butch*, este se constrói como um polo contrário ao termo *fem*, ou seja, um polo masculino e outro feminino que se estruturam em diversas comunidades e identidades lésbicas a partir do século XX, principalmente nas classes populares e minorias étnicas (CHAUVIN; LERCH, 2013).

Atualmente este polo *butch/fem* é ampliado para diversas mulheres lésbicas e bissexuais com identidades de gênero intermediárias e andrógenas. A polaridade *butch/fem* foi criticada como um reforço aos estereótipos de gênero pelos movimentos sociais. Assim como acontece com os homens homossexuais, algumas mulheres lésbicas podem ver atitudes e roupas como inapropriadas em suas identidades ou como imposição de normas heterossexistas

sinalizando-as como disponíveis aos homens ou tornando-as vulneráveis no ambiente público. Eles podem usar sinais associados à masculinidade para apontar sua orientação sexual para outras lésbicas em espaços mistos, enquanto a feminilidade pode ser comparada a uma forma de invisibilidade e de não se assumir enquanto homossexual (CHAUVIN; LERCH, 2013).

Entretanto, como nos explica Paul Preciado (2008), o estilo de vestir ou a adoção de um corpo masculino também pode ser uma fase de transição para mulheres que estão na lacuna entre o corpo feminino e a percepção de si, em um *continuum* de desejo entre um sentimento de estar no mesmo lugar ou a realização da mudança de sexo. Nesse aspecto, as redescobertas entre a identidade *butch* e a transexualidade FTM (i.e., Female to Male) podem ser politicamente incômodas para algumas mulheres lésbicas, o que abre possibilidades de rejeição dentro do movimento de mulheres lésbicas ou no próprio cotidiano (CHAUVIN; LERCH, 2013). Nesse sentido, ainda que no cartaz de mulheres haja um diferencial entre as personagens que representam a campanha, ele não expõe grupos como os que citamos anteriormente e apresenta um contexto relacionado à normalização dos sistemas de gênero e sexualidade.

Por fim, no cartaz das pessoas trans, as características masculinas e femininas estão bem claras. Vestidos, roupa estampada, acessórios e maquiagem para as mulheres, bem como camisa e calça para os homens. Por um lado, pode ser que a campanha esteja exaltando os traços de gênero para identificar que homens e mulheres trans e travestis devem ser respeitos pelas suas identidades de gênero. Contudo o processo de transição aparece representado de maneira romantizada, sugerindo que todas as pessoas que estão no cartaz possuem acesso a hormônios e ao processo transexualizador sem dificuldades.

Podemos observar que não há uma representação pejorativa ou preconceituosa, mas sim uma representação normalizante ou normatizante, seguindo o discurso das normas de gênero e o sistema heteronormativo e homonormativo. Nesse sentido, quando Teresa de Lauretis (1994) desenvolveu seu pensamento sobre a Teoria Queer, ela apresentou esta limitação. Falar em “lésbicas e gays” não incorpora todas as suas diferenças, mas sim, estabelece um padrão. Assim, o termo equidade também aparece de forma limitante ao representar certas diferenças (por exemplo, homo e hetero) e esconder outras (ou seja, especificidades da população LGBTQI+).

Outro ponto importante de representação do conceito de equidade referente à população LGBTQI+ é a interseccionalidade, como apresentamos no tópico anterior. Articuladas às questões da sexualidade, se apresentam representações de raça e geração, em todos os cartazes, indo de encontro ao discurso colocado pela Política Nacional de Saúde LGBT. Entretanto, seguindo as elaborações de Chauvin e Lerch (2013), a polarização que citamos anteriormente entre mulheres *butch/fem*, por exemplo, se colocam como construções sociais da raça e do gênero que se entrelaçam e colocam as mulheres

negras ao lado das mulheres *butchs*, enquanto as mulheres brancas são codificadas como *fem*.

De acordo com Manalansan IV (2005, p. 142), “em outras palavras, a homonormatividade anestesia as comunidades *queers* em aceitar passivamente formas alternativas de desigualdade em troca da privacidade doméstica e da liberdade de consumir”. O autor apresenta um exemplo de como o discurso homonormativo se estabelece em discursos hegemônicos e descaracterizam a interseccionalidade, não somente nas instituições neoliberais, mas também estudiosos gays que reproduzem tais formas de segregação e violência. E cita um estudioso (D’Emilio) que apresenta um discurso sobre o triunfo de conquistas LGBT’s dizendo que as diferenças entre gays brancos e negros são irrelevantes, sugerindo que todos os gays são oprimidos e que qualquer outra maneira de considerar as diferenças se concluiria em um ato impolítico. Esta declaração Manalansan (2005) considera como resultado das forças insidiosas da homonormatividade que abrangem filiações políticas de todos os tipos.

Da mesma forma acontece com a questão de classe. Manalansan (2005, p. 143) aponta para um daltonismo na comunidade gay e na comunidade em geral que acontece na privatização das lutas. Ao analisar a identidade da comunidade gay a partir do marketing e do nicho, o autor conclui: “Levar essa lógica ao extremo, ser gay e ser livre, portanto, significa usar Prada. Em outras palavras, a identidade segue o consumo”.

Nesse aspecto, no que diz respeito à representação do público LGBT na campanha intercalado ao conceito de interseccionalidade e equidade, podemos observar que a população LGBTQI+ aparece também como um produto a ser vendido, como uma imagem idealizada, a qual é colocada como a imagem do gay, da lésbica e dos trans como que é aceita socialmente. Tal aspecto tem implicação direta na saúde. Ao não englobar o conceito de equidade tal como é definido, pessoas passam por processos de exclusão. Ou seja, há uma limitação no que tange o conceito quando este se relaciona a representação da população LGBTQI+ no âmbito da saúde brasileira.

## Considerações finais

Como considerações, podemos apontar que, no âmbito da saúde, percebe-se um avanço nas políticas públicas para a população LGBTQI+, contudo o conceito de equidade é tratado de maneira limitante, tanto na Política Nacional quanto nas representações contidas nas campanhas de saúde analisadas.

Assinalamos a necessidade de avançar para além dessas limitações, contribuindo para a capacitação dos profissionais que estão em contato direto com a população LGBTQI+ na área da saúde, para que possam atuar conforme apontado pela meta da criação do conceito de equidade na política pública de saúde.

## Referências

- BARROS, F.P.C.; SOUSA, M.F. **Equidade:** seus conceitos, significações e implicações para o SUS. *Saúde Soc. São Paulo*, v.25, n.1, p.9-18, 2016.
- BAUER, Martin. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. In: **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- BILGE, S. (2014). La pertinence de Hall pour l'étude de l'intersectionnalité. *Nouvelles pratiques sociales*, 26 (2), 62–81. <https://doi.org/10.7202/1029262ar>
- BREILH, J. Las tres 'S' de la determinación de la vida: 10 tesis hacia una visión crítica de la determinación social de la vida y la salud. In: **Determinação Social da Saúde e Reforma Sanitária/** Roberto Passos Nogueira (Organizador) – Rio de Janeiro: Cebes, 2010 200 p.
- CHAUVIN, S.; LERCH, A. **Sociologie de l'homosexualité**. Editions La Découverte, Paris, 2013.
- CONNELL, R. W.; MESSERSCHMIDT, J. W. Masculinidade hegemônica: repensando o conceito. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, maio 2013. ISSN 1806-9584. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2013000100014/24650>>.
- DUVEEN, Gerard. Introdução: o poder das ideias. In: **Representações Sociais:** investigações em psicologia social. 11ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.
- FLEURY, S.; OUVENERY, A. O sistema único de saúde brasileiro: Desafios da gestão em rede. *Rev. Portuguesa e Brasileira de Gestão* [online]. 2012, vol.11, n.2-3, pp.74-83.
- GALERAND, E. & KERGOAT, D. (2014). Consubstantialité vs intersectionnalité? À propos de l'imbrication des rapports sociaux. *Nouvelles pratiques sociales*, 26 (2), 44–61. <https://doi.org/10.7202/1029261ar>
- GASTALDO, E. **Publicidade e Sociedade:** uma perspectiva antropológica. Porto Alegre: Sulina, 2013.
- HIRATA, H. Gênero, classe e raça Interseccionalidade e consubstancialidade das relações sociais. *Tempo Social - revista de sociologia da USP*, v. 26, n. 1, 2014.
- LAURETIS, T de. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, H. B. de. **Tendências e impasses**. O feminismo como crítica da cultura. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- MANALANSAN IV, M. F. Race, Violence, and Neoliberal Spatial Politics in the Global City. *Social Text* 84–85, Vol. 23, Nos. 3–4, Fall–Winter 2005.
- MUÑOZ, C. B. **Uruguay homosexual:** culturas, minorias y discriminación desde una sociología de la homosexualidad. Montevideo: Trilce, 1996.
- NETO, Pedro Lucca. **Assimilação das campanhas publicitárias do ministério da saúde de prevenção à AIDS pelos alunos ingressantes em 2016 da universidade vale do rio doce**. Dissertação de Mestrado. Governador Valadares, 2016.
- PAIM, J. S.; SILVA, L.M.V. Universalidade, integralidade, equidade e SUS. **BIS – Boletim do Instituto de Saúde**. V. 12 n. 2 São Paulo, 2010.

- PATTERNOT, D.; KUHAR, R. **Campagnes anti-genre en Europe**: des mobilisations contre l'égalité. Lyon: Presses universitaires de Lyon, 2016.
- PENN, Gemma. Análise semiótica de imagens paradas. In: **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- PETTRES, Andreia Assmann; ROS, Marco Aurélio da. A determinação social da saúde e a promoção da saúde. **Arq. Catarin Med.** jul.set. 47(3):183-196. 2018. Disponível em <http://www.acm.org.br/acm/seer/index.php/arquivos/article/view/375/282>.
- ROSE, Diana. Análise de imagens em movimento. In: **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- SECHET, R. Sexe, race, classe, pour une épistémologie de la domination: Morceaux choisis. **Espaces et sociétés**. Université Rennes: Rennes, 2012.

# OS LGBTI+ E A IMPRESCINDIBILIDADE DE PRISÕES CONDIGNAS NA CONTEMPORANEIDADE

**Francine Figueiredo Franco**

Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade  
Frutal

## **Resumo:**

Os LGBTI+ são uma parcela da população que sofrem preconceitos e violências diversas dentro da sociedade. No sistema carcerário, quando submetidos, não é diferente. Portanto, o objetivo geral do ensaio é mostrar a necessidade de prisões dignas aos LGBTI+, sendo os específicos a exposição de quais são os direitos dos condenados em um âmbito internacional, bem como os direitos nacionais, expondo quais são reservados à população LGBTI+, quais destes são violados dentro do cárcere e como é a vivência deles neste mesmo ambiente. Ao final, demonstrar a necessidade de uma prisão que mais se adeque aos LGBTI+, exemplificando a prisão de *Downviem*. Os resultados são que os direitos do LGBTI+ encarcerados são violados de maneira grave e cotidiana, e que a existência de mais prisões como a citada anteriormente são imprescindíveis para que o respeito volte a existir, excluindo-se a hostilidade presenciada e aumentando as condições de um cumprimento de pena com dignidade por eles.

**Palavras-chave:** Condenados; LGBTI+; Prisões exclusivas.

## **Introdução**

Conhecida como uma das espécies de pena existentes no mundo, a pena privativa de liberdade é a mais em utilizada pela maioria dos países, e também a mais antiga, considerando-se os últimos séculos até os dias atuais. Nela, o indivíduo tem sua livre circulação tolhida por algum crime cometido em sociedade, após o julgamento de seu ato, e passa a viver em um local de aprisionamento e com fim específico para isto, para que, dessa forma, sendo um dos motivos a se ressaltar, evite-se que este cometa outro ato repudiado novamente.

Fato é que, quando tratamos de penas de reclusão, não se distingue a quem a mesma será aplicada. Em outras palavras, independente de raça, re-



ligião ou orientação sexual, por exemplo, todos estão sujeitos à restrição de liberdade. Isso inclui, portanto, a população LGBTI+, já que não se observa, como dito anteriormente, na aplicação da sanção penal, requisitos subjetivos ou inerentes àquele ser humano em questão. O problema é que, além de sofrer discriminação fora das celas, tal população é ainda mais marginalizada e desprezada quando encarcerada.

Antes do enfoque no problema supracitado e também numa possível solução para o mesmo, o presente estudo tem como tópicos os direitos dos condenados em âmbito internacional e nacional, incluindo desde os Direitos Humanos até legislações de origem e vigência brasileira, tais como a Constituição Republicana Federativa do Brasil e a Lei de Execução penal. Além disso, ver-se-á quais e se existem direitos ligados à população LGBTI+ aprisionada, sendo ela a parcela da sociedade foco do artigo. Em seguida, serão apresentados quais os direitos infringidos desta população dentro do cárcere, expondo os problemas enfrentados e situações vivenciadas por ela. Por fim, mas não menos importante, tratar-se-á de uma das prisões exclusivas para LGBTI+ no mundo, como meio concebível de resposta efetiva e segura para o problema apresentado, em que o convívio dos LGBTI+ aprisionados restringe-se para com seus semelhantes.

Desta forma, busca-se uma melhor explanação sobre o porquê da necessidade de prisões exclusivas que oferecem dignidade aos LGBTI+ condenados, já que, em um primeiro momento, deve-se ter em mente que estar aprisionado, seja qual for o crime cometido, não é sinônimo de falta de humanidade ou de direitos garantidos, e que, paralelamente, o respeito permanece de maneira equivalente aos LGBTI+, não bastassem ser uma parte da sociedade que já passa por discriminação e desafeto simplesmente por serem que são.

## **Os Direitos do Condenado**

A pessoa condenada, de modo geral, possui alguns direitos excluídos de sua vida cotidiana de forma provisória. Isso significa que, enquanto detida, a mesma não pode exercer atos da vida civil, que exercia se fora do confinamento, entre eles, o direito de ir e vir livremente e, na maioria dos casos, o direito a voto. Entretanto, alguns direitos devem permanecer ligados a ela, independente de como ou onde esteja, e com o objetivo de garantir sua qualidade de vida; pois, mesmo condenada, não deixa de ser uma pessoa humana detentora de direitos.

Em um âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, produzida pela Organização das Nações Unidas (ONU), no ano de 1948, dispõe, em seu artigo I, que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.”, expondo o fato de que, mesmo na condição de condenados, a dignidade destes seres humanos e seus direitos essenciais devem ser mantidos, seja qual for a circunstância. Além disso, outro ponto

normativo a ser destacado é o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, também previsto pela ONU, mas, desta vez, em 1988, em que se evidencia igualmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Vê-se, no Conjunto em questão, a proteção de qualquer tipo de tortura, tratamentos cruéis ou degradantes aos condenados de forma geral.

Já numa perspectiva interna, os direitos do condenado podem ser encontrados na Constituição Republicana Federativa do Brasil (CRFB), de 1988, que também levam o nome de garantias fundamentais. Olhando-se para alguns artigos específicos, quais sejam, o artigo 1º, inciso III, há, mais uma vez, o princípio da dignidade humana; o artigo 5º, *caput*, onde se encontra o princípio da igualdade entre todos, sem a distinção de qualquer natureza; o inciso III, do mesmo artigo, que diz que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”; o também artigo 5º, inciso XLVII, que impõe a vedação de pena de morte, em caráter geral, cruéis, trabalhos forçados e banimento; e, logo depois, o inciso XLIX, que defende que seja garantido aos presos o respeito a sua integridade física e moral.

Ainda sobre o princípio da Dignidade Humana, tão importância inquestionável em todos os níveis de direito, Cristina Veloso de Castro, professora, doutora e autora do livro *As Garantias Constitucionais das Pessoas Transsexuais*, esclarecedora e incisivamente, diz que

[...] fundamento da dignidade da pessoa humana é a autonomia privada, ou seja, a liberdade que o particular tem de conduzir sua vida segundo seus planos. Desta forma, o indivíduo autônomo é livre e apenas assim irá alcançar sua dignidade’ (CASTRO, 2016, p. 62).

Para além das garantias constitucionais, o Brasil, no que tange aos seus condenados, possui uma lei especial para a regulamentação da situação dos mesmos: a Lei de Execução Penal. Os direitos do preso na LEP, como comumente é chamada, encontram-se no artigo 41, dentre eles, por exemplo, o direito à saúde, à educação, à alimentação suficiente e vestuário, à visita íntima e à previdência social; todos visando o bem estar e a existência de condições dignas de cumprimento de pena para o ser humano condenado dentro dos limites do Estado brasileiro e do território nacional.

## **Os Direitos da População LGBTI+ Encarcerada**

O significado para a sigla LGBTI+, que tanto se menciona, refere-se a lésbicas, gays, bissexuais, transexuais/transgêneros e intersexuais. Para definir do que se tratam as quatro primeiras letras da sigla, a Resolução Conjunta de 01/2014, feita pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, com a ajuda do Conselho Nacional de Combate à Discriminação dispôs, no parágrafo único do artigo 1º, que

Para efeitos desta Resolução, entende-se por LGBT a população composta por lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, considerando-se:

I - Lésbicas: denominação específica para mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras mulheres;

II - Gays: denominação específica para homens que se relacionam afetiva e sexualmente com outros homens;

III - Bissexuais: pessoas que se relacionam afetiva e sexualmente com ambos os sexos;

IV - Travestis: pessoas que pertencem ao sexo masculino na dimensão fisiológica, mas que socialmente se apresentam no gênero feminino, sem rejeitar o sexo biológico; e

V - Transexuais: pessoas que são psicologicamente de um sexo e anatomicamente de outro, rejeitando o próprio órgão sexual biológico.

Os intersexuais foram incluídos posteriormente à Resolução acima, e, por este motivo, não aparecem nos incisos destinados à definição da sigla. Porém, de qualquer modo, para além das letras em si, foi feita a implementação do sinal de “mais”, fazendo com que, de qualquer forma, houvesse a ampliação do leque de denominações e indivíduos pertencentes a esta população, incluindo também, por exemplo, os assexuais, agêneros e os pansexuais.

Independente de serem um tipo de minoria societária, essa porcentagem da população também leva consigo o “direito de ter direitos”. Além dos princípios mencionados no item anterior, relacionados aos condenados de forma geral, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade, os direitos previstos na LEP, entre outros, os LGBTI+ têm alguns outros direitos, tais como: estarem em alas específicas dentro do sistema carcerário, do(a) companheiro(a) da relação homoafetiva receber auxílio-reclusão e o direito à visita íntima aos casais homoafetivos, sendo apenas o primeiro especificamente destinado a eles, e, o restante, de forma análoga, já que também pertencem ao resto da população aprisionada como um todo.

Sobre o direito a estarem dentro de alas específicas para LGBTI+, a base legal encontra-se na mesma Resolução citada acima, redigida com o intuito principal de amenizar o sofrimento da população frente às adversidades passadas para com o restante dos encarcerados. Já em relação aos companheiros homoafetivos fora do cárcere no recebimento do auxílio-reclusão, o benefício previdenciário a estes surgiu com a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0 interposta pelo Ministério Público Federal (MPF) em face do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com o fundamento de que, caso não concedido, poderia se estar corrompendo e desrespeitando os direitos fundamentais previstos pela própria CRFB/88.

Por último, dentro do rol exemplificativo aqui explanado, o direito à visita íntima, brevemente mencionada também no que diz respeito aos direitos previstos pela Lei de Execução Penal Brasileira. Faz-se presente no artigo 41, inciso X, qual seja: “constituem direitos do preso: (...) X – visita do cônjuge,

da companheira, de parentes e amigos em dias determinados”. No que concerne à visita íntima em si, anos anteriores, tal direito pertencia apenas ao sexo masculino. Com o passar dos anos, a figura do sexo feminino foi incluída no ano de 1999, e, em 29 de junho de 2011, o mesmo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça formulou a Resolução nº 4, que assegurou o mesmo direito às relações homoafetivas no que concerne ao direito de visita íntima a toda população prisional. Obeve-se, portanto, a alteração do artigo 2º da última resolução – que incluía as mulheres -, para: “O direito de visita íntima, é, também, assegurado às pessoas presas casadas entre si, em união estável ou em relação homoafetiva”.

## **Violação dos Direitos dos LGBTI+ no Sistema Prisional Brasileiro**

Assim como fora das prisões, a população LGBTI+ sofre inúmeras dificuldades e violências dentro do cárcere, ecoando, na parte de dentro, tudo o que já é evidenciado e conhecido por todos na vida em sociedade. Numericamente falando, de acordo com o Disque 100 – da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDHPR) -, a cada 1 hora, um homossexual é violentado de alguma forma no Brasil, sendo estes dados do ano de 2014.

No ano de 2015, no Ceará, uma transexual foi levada a uma audiência de custódia. Com vestígios de espancamento, além de apresentar sinais como choro e vômito, ela expôs que não era de sua vontade retornar à prisão, e, caso isso realmente acontecesse, ela acabaria com sua própria vida. Tal relato teve como motivo o fato de estar presa por 20 dias na Penitenciária de Caucaia, que é masculina, onde foi estuprada e espancada por quatro detentos lá presentes. Enquanto a audiência em questão acontecia, um dos presos contou ao juiz que chegou a ouvir pedidos de socorro, durante a noite, por meio de gritos da transexual.

Sobre os ocorridos dentro das prisões, em janeiro de 2017, um massacre no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), no Estado do Amazonas, após a morte de 56 presos, mostrou que os presos LGBTI+ existentes no local sofriam violência física e sexual, caso desrespeitassem ou não obedecessem as facções presentes no complexo. Prova disto eram as cabeças envolvidas por bandagens para esconder hematomas e outras diversas feridas corporais espalhadas.

Outro caso que merece destaque no âmbito da LGBTIfobia dos detidos é no município de Vespasiano, região central do estado de Minas Gerais. Uma travesti chamada Vitória Rios Fortes, conta que, enquanto convivia com os demais presos, era forçada a ter relações sexuais com todos os homens presentes na cela que habitava, com zombarias, agressões físicas incluídas e ameaças de morte, caso decidisse contar o que acontecia a terceiros. “Cheguei a ser leiloada entre os presos. Um deles me ‘vendeu’ em troca de 10 maços de cigarro, um suco e um pacote de biscoitos”, disse. Após passar por todos

estes traumas, Vitória foi transferida para a nova ala LGBTI+ do presídio, sendo esta uma das primeiras existentes e inauguradas no país.

Na penitenciária Major Eldo Sá Corrêa, Rondonópolis, Mato Grosso, em relatos deste ano, os presos LGBTI+ são vítimas de isolamento frequentes e “dignos” - quando há desentendimentos ou algo errado acontece - de exorcismos em cultos evangélicos, como se a orientação sexual destes fosse objeto de atuação de forças malignas. Em um presídio na cidade de São Paulo, um gay, por exemplo, não pode dividir o mesmo copo que um hétero, além de não poder usar o mesmo prato, o cigarro compartilhado, nem utilizar-se da mesma vassoura para varrer o pátio que ambos habitam.

Como se não bastasse a situação desumana dentro do sistema prisional, há um agravante de extrema importância para a vida do preso LGBTI+: a família. Segundo Fernanda Viana, a maior homofobia vem de casa, pois, inúmeras vezes, a população LGBTI+ não encontra apoio no seio familiar, nem ao menos recebe visitas. “A família já não aceita a homossexualidade do filho e o isola ainda mais quando ele comete um crime”, diz a diretora de atendimento ao preso.

## **A Prisão de *Downview***

O problema da falta de prisões condizentes às necessidades da população LGBTI+ não afeta somente o Brasil. Inúmeros outros países também apresentam a mesma realidade para com tal população, em que os direitos humanos dentro do cárcere foram e ainda são tolidos e/ou desrespeitados, alarmando a situação a nível mundial e aumentando os índices existentes de crueldade. Porém, alguns desses países buscaram formas concretas e efetivas de amenizar o ocorrido, como veremos a seguir.

Localizado no sul da Inglaterra, mais precisamente na cidade de Sutton, o complexo penitenciário de Downview abriga hoje, em regime fechado, mulheres de 18 anos ou mais, sendo, portanto, um estabelecimento prisional destinado ao gênero feminino. Porém, o mais inovador de tal complexo é que ele possui uma característica que o distingue de diversos outros: é o primeiro no Reino Unido, e também na Europa, que possui um setor independente e exclusivo ao público LGBTI+.

Uma das unidades prisionais do complexo, inaugurada este ano, é o prédio Josephine Butler – nome de uma famosa feminista da era vitoriana –, que acolhe a comunidade LGBTI+ existente no local. Tratam-se da existência de três mulheres transgêneros no local, que antes habitavam a ala de comum vivência da penitenciária, e, agora, possuem um lugar apropriado para si. Um fato interessante é que estas mulheres possuem certificado de reconhecimento de gênero; ou seja, mesmo possuindo o sexo biológico masculino, ao se apresentarem como mulheres, o gênero de identificação passa a ser o oposto, o que faz com que, de maneira automática, o certificado seja apenas uma formalidade de comprovação do que ela própria já reconhecia antes de obtê-lo.

O que separa a unidade Butler do resto do complexo penitenciário é apenas uma “rede de arame”, assim como descreve a matéria divulgada pelo *The New York Times* sobre o assunto. Porém, essa separação é o suficiente para que as detentas LGTI+ fiquem reclusas e mantenham-se à parte das outras condenadas, evitando, assim problemas e complicações que sofriam em tempos passados.

Um dos representantes do Ministério da Justiça inglês afirmou que a maior preocupação do governo em relação a este assunto é a segurança das transgêneros, e que qualquer medida a ser tomada, mesmo sendo um aspecto de caráter público extremamente sensível e inovador, levará em consideração o bem estar das prisioneiras, e, igualmente, diminuir os riscos apresentados por quem viola os seus direitos; em outras palavras, os transgressores dos direitos LGTI+.

Ainda de acordo com a matéria, outros países europeus - a exemplo, Itália - tentaram copiar o método de unidade prisional específica, mas não obtiveram o mesmo sucesso, já que o projeto não foi aprovado internamente. Porém, outros países no mundo, como os Estados Unidos, possuem estabelecimentos prisionais no mesmo sentido e também servem de modelo no que se refere às prisões exclusivas à população LGTI+.

Insta ressaltar que de grande valia é a existência do presídio destinado à população LGTI+ na Inglaterra, pois se trata de um país que muito já sofreu com problemas vinculados ao desrespeito dos LGTI+ encarcerados internamente. Entre tantas situações, duas transexuais, Joanne Latham e Vicky Thompson, no final de 2015, em um presídio masculino, cometeram suicídio, o que fez com que discutisse, em todo o Reino Unido, a quantidade de condenadas nas condições em que Joanne e Vicky estavam e, ali, iniciou-se a busca para a identificação de qual o melhor lugar para que outras pessoas transexuais, assim como elas, pudessem cumprir suas penas.

## **Considerações Finais**

Diante do exposto, é fato dizer que, apesar da condição de “condenada”, estabelecida para pessoas que cometem delitos e são julgadas por estes, tanto em âmbito internacional quanto nacional, existem direitos reservados a estes indivíduos que lhes garantem um melhor e mais digno cumprimento de pena privativa de liberdade, já que estes mesmos direitos estão previstos em documentos políticos e leis de caráter normativo e impositivo aos que a elas se submetem.

Alguns dos direitos estabelecidos para os que se encontram nesta situação, são exclusivos à população LGTI+ no cárcere, enquanto os outros são aplicáveis de forma análoga a todos os outros condenados, visto que os direitos são inerentes ao ser humano, e não aquilo que ele se considera diante de particularidades. Entre eles está o direito a possuírem alas diferenciadas dos outros presos dentro do mesmo estabelecimento prisional.

Entretanto, vê-se, diante dos LGBTI+ condenados, que, apesar destes possuírem os mesmos direitos que o restante das pessoas aprisionadas, e até mesmo os direitos exclusivos a eles, reafirmando o que foi dito em momentos anteriores, tal população não é respeitada nem protegida, resultante da ineficácia do Estado, quando alguns dos direitos existentes não são postos em práticas. Por serem uma minoria, independentemente de estarem dentro ou fora do cárcere, mas, aqui, com foco no aprisionamento, sofrem com a falta de dignidade e condições de vivência humana, que poderia ser amenizada com a efetivação legal mencionada acima.

No Brasil, por exemplo, inúmeras prisões tratam os LGBTI+ diferentemente do que a própria lei prevê e humanamente se espera. Direitos violados, maus tratos, violência física, mental e sexual são alguns dos fatores que podem ser elencados como os basilares de convivência entre os presos que não se consideram LGBTI+ e aqueles que os são, refletindo, dentro das grades, tudo aquilo que se apresenta como cotidiano a esta população, pelo simples argumento de possuírem uma orientação sexual contrária à convencional.

Um dos meios de se amenizar a problemática em questão é a iniciativa de se criar estabelecimentos prisionais exclusivos para a população LGBTI+, em que apenas os autos declarados pertencentes a ela possuem o aval de permanecerem juntos e, ao mesmo tempo, terem acesso a todos os outros direitos garantidos por lei; evitando-se, concomitantemente a isto, a intolerância e desrespeito daqueles que não fazem parte para com eles, como é o caso da prisão de *Downview*, na Inglaterra, uma das prisões referência e pioneira na questão da exclusividade carcerária no mundo.

## Referências

ALLISON, Eric; PIDD, Helen. **Second transgender prisoner found dead in male jail**. The Guardian, 1.º dez. 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/society/2015/dec/01/second-trans-prisoner-joanne-latham-apparently-takes-own-life-in-male-jail>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0**. Disponível em: <[https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia\\_visualizar&id\\_noticia=4714](https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=4714)>. Acesso em: 09 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 11 de nov. de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Diário Oficial da União, Brasília. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2019.

BRASIL. **Resolução Conjunta nº 1**, de 15 de Abril de 2014. Disponível em: <[http://www.lex.com.br/legis\\_25437433\\_RESOLUCAO\\_CONJUNTA\\_N\\_1\\_DE\\_15\\_DE\\_ABRIL\\_DE\\_2014.aspx](http://www.lex.com.br/legis_25437433_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_1_DE_15_DE_ABRIL_DE_2014.aspx)>. Acesso em: 17 nov. 2019.

BRASIL. **Resolução nº4**, de 29 de junho de 2011. Disponível em:

<<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/resolucoes/2011/resolucao4de29dejunhode2011.pdf>>. Acesso em: 09 nov.2019.

CALDEIRA, Felipe Machado. **A Evolução Histórica, Filosófica e Teórica da Pena**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista45/Revista45\\_255.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista45/Revista45_255.pdf)> Acesso em: 04 set. 2019.

CASTRO, Cristina Veloso de. **As Garantias Constitucionais das Pessoas Transexuais**. Editora Boreal, 1ª edição. Birigui, 2016.

CLIFTON, Katy. **UK's first transgender prison unit to open in Surrey's HMP Downview**. Disponível em: <<https://www.standard.co.uk/news/uk/uks-first-transgender-prison-unit-to-open-in-surreys-hmp-downview-a4082221.html>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Organização das Nações Unidas (ONU), 1948. Disponível em :<<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

**Downview Prison and Young Offender Institute**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/guidance/downview-prison>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

FRANCESCHINI, Enrico. **Gran Bretagna, apre la prima prigione per transgender**. Disponível em: <[https://www.repubblica.it/esteri/2019/03/04/news/prigione\\_transgender\\_uk-220674379/?ref=twhs&timestamp=1551686961000](https://www.repubblica.it/esteri/2019/03/04/news/prigione_transgender_uk-220674379/?ref=twhs&timestamp=1551686961000)>. Acesso em: 11 out. 2019.

**Presos LGBT em MT são tratados com isolamento e exorcismo**. Disponível em: <<http://paradasp.org.br/presos-lgbts-em-mt-sao-tratados-com-isolamento-e-exorcismo/>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

ROMÃO, Rosana. **Defensoria pública investiga estupro sofrido por transexual em cela masculina de presídio**. Tribuna do Ceará, 2 out. 2015. Disponível em: <<https://tribunadoceara.com.br/noticias/segurancapublica/defensoria-publica-investiga-estupro-sofrido-por-transexual-em-cela-masculina-de-presidio/>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

ROSA, Vanessa de Castro. **Mulheres transexuais e travestis no sistema penitenciário: a perda da decência humana e do respeito aos Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5730-Mulheres-transexuais-e-travestis-no-sistema-penitenciario-a-perda-da-decencia-humana-e-do-respeito-aos-Direitos-Humanos)>. Acesso em: 08 out. 2019.

SOUZA, Felipe. **Discriminação nos presídios: Com pratos marcados e rejeitados por facções, presos LGBT sofrem com rotina de segregação**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47376077>> Acesso em: 12 nov.2019.



# A APLICABILIDADE DA LEI MARIA DA PENHA À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHERES TRANSEXUAIS

**Ana Beatriz do Amaral Souza**

Graduação em andamento pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG – Unidade Frutal. Teve atuação como estagiária da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais no ano de 2019. Foi bolsista de Iniciação Científica do Programa de Apoio à Pesquisa - PAPq/UEMG nos anos de 2017, 2018 e 2019

## **Resumo:**

O presente estudo se destina analisar a Lei 11.340/2006 e sua aplicabilidade a casos de violência doméstica contra transexuais, sendo de grande relevância ao considerar o aumento sistemático da violência contra estas, e tendo como finalidade garantir a igualdade de tratamento entre todas mulheres, sem qualquer restrição. Assim, uma pessoa que se identifica como mulher, tendo nascido ou não do gênero feminino, deve ter as mesmas garantias legais. Há, de fato, uma lacuna no ordenamento jurídico relacionada à proteção das mulheres trans, e, visando sua solução, deve-se recorrer à analogia e à equidade. Dessa maneira, a aplicação da Lei 11.340/2006 para situações de violência contra transexuais não é apenas possível, como o próprio Judiciário tem se mostrado a favor, visto que não há nenhum dispositivo no ordenamento brasileiro vedando o amoldamento da lei ao contexto, como também é indispensável para que os princípios fundamentais sejam respeitados, e para gerar um maior rigor penal.

**Palavras-chave:** Lei Maria da Penha; Transexuais; Igualdade; Analogia.

## **Introdução**

O presente artigo tem como finalidade analisar a aplicabilidade da Lei 11.340/2006, vulgarmente conhecida como Lei Maria da Penha, em situações na qual ocorre violência doméstica e familiar contra pessoas transexuais. Conceituando a respeito da importância de levar em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, além do direito fundamental à igualdade, e ressaltando a importância do bom senso nas decisões judiciais para colocar em pé de igualdade todas as pessoas que se mostram e se identificam como mulheres, independente de questões biológicas.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana diz respeito a uma qualidade inerente ao ser humano, que lhe garante respeito e uma infirmitade de direitos e deveres perante o Estado e a sociedade, que proporcionam, teoricamente, condições dignas de sobrevivência. Além desse princípio, é essencial também assegurar o direito fundamental à igualdade, não somente formal, mas também material, no que diz respeito à adaptação da Lei supracitada para que esta se torne extensiva tanto para as mulheres no sentido “biológico”, quanto para as pessoas socialmente consideradas mulheres, o que envolve diversas questões de gênero. Essas mulheres são afetadas de forma sistemática pelo preconceito tanto por ser transexual quanto por ser mulher, sendo necessário que ocorra uma proteção jurídica de forma mais.

O gênero vai muito além da biologia, não sendo estabelecido durante o nascimento, e sim construído ao longo da vida, ou seja, é como o indivíduo se enxerga e se expressa para o mundo. Portanto, é quem a pessoa é de fato. Assim sendo, a mulher social pode não ter nascido mulher, mas deve ter os seus direitos resguardados da mesma forma, pois se mostra e se vê como uma. Dessa forma, portanto a violência contra todas as mulheres deve ser considerada uma violação dos direitos humanos, devendo haver a aplicação da citada Lei que protege e resguarda a mulher de forma abrangente e sem distinção.

## **Princípio da Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana**

O princípio da igualdade orienta toda nação democrática. Esse direito parte da ideia de que toda a população deve ser tratada de maneira igualitária tanto em relação às suas características pessoais quanto às oportunidades. Tal preceito ganhou espaço com o Estado de Direito. Está disposto no art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que: “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”. Isso significa que deve-se respeitar e garantir um tratamento isonômico a todos, independentemente de qualquer particularidade. Além disso, esse princípio tem o objetivo de frear a atuação do legislador e também evitar decisões absurdas e extremistas pelos agentes aplicadores da lei, conforme afirmaram Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

O princípio da igualdade, assim, não pode ser reduzido a um comando destinado ao aplicador da lei. Antes, tem por direcionamento o Estado e a sociedade. (...) O Legislativo deve abrigar o princípio na elaboração das leis, vez que seria inconcebível que a própria lei contivesse disposições que se chocassem com a cláusula igualitária (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2017, p. 178).

O preceito da igualdade pode ser desmembrado entre formal e material. A igualdade formal, também conhecida como igualdade jurídica, trata-se

do tratamento igualitário em face da lei. Já a igualdade material, ou real, possui o propósito de igualar pessoas que são fundamentalmente desiguais, quando há diferenças que mereçam ser observadas. De acordo com André Ramos Tavares, “os tratamentos diferenciados podem estar em plena consonância com a Constituição. É que a igualdade implica o tratamento desigual das situações de vida desiguais, na medida de sua desigualação. Aliás, trata-se de exigência contida no próprio princípio da Justiça” (2012, p. 601). Esse tratamento é necessário ao se considerar que sujeitar pessoas que possuem peculiaridades à lei sem uma interpretação aprofundada acabaria por aumentar a desigualdade, não o oposto. A igualdade material surgiu para suprir o que a igualdade formal não protegia.

Para mais, é imprescindível ressaltar a enorme conexão entre o direito à igualdade ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que, segundo Araújo e Nunes Júnior, o direito à igualdade é “direito inerente à ideia de liberdade, além de derivar diretamente da noção de dignidade humana” (2017, p. 177).

A dignidade da pessoa humana é um dos alicerces da República, conforme posto no art. 3º, III, da Carta Magna, que expõe que “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”. Esse princípio é de difícil definição, no entanto pode ser compreendido, segundo Alexandre de Moraes, como

(...) um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar (MORAES, 2017, p. 35).

Trata-se da compreensão e consideração de que todo ser humano é singular e detentor de direitos e deveres em face do Estado e da sociedade em geral. Além disso, a dignidade da pessoa humana é um macro princípio (TAVARES, 2012), o qual serve para garantir respeito, a proteção ao nome, à nacionalidade, às liberdades e condições de subsistência decentes.

## **Identidade Biológica X Identidade Social**

Todo indivíduo imediatamente após o seu nascimento é enquadrado dentro do gênero feminino ou masculino, utilizando para fazer essa distinção apenas o conjunto de órgãos genitais, a partir dessa definição começa a agir na criança determinado conjunto de práticas socialmente impostas.

Essa situação de definição biológica binária persegue, tortura e silencia milhares de pessoas, cerceando o direito desses indivíduos. Dessa forma se torna cada vez mais necessário que se considere primordialmente a imagem que a pessoa constrói sobre si mesma, sendo que esta vai ser formada a partir

de experiências vividas e trocadas. Como conceitua Carlos Rodrigues Brandão,

Os acontecimentos da vida de cada pessoa geram sobre ela a formação de uma lenta imagem de si mesma, uma viva imagem que aos poucos se constrói ao longo de experiências de trocas com outros: a mãe, os pais, a família, a parentela, os amigos de infância e as sucessivas ampliações de outros círculos de outros: outros sujeitos investidos de seus sentimentos, outras pessoas investidas de seus nomes, posições e regras sociais de atuação (BRANDÃO, 2000, p. 37).

Pessoas são diferentes, e essas diferenças devem ser respeitadas e aceitas. Deve-se considerar, portanto, as diferenças entre identidade de gênero, orientação sexual e sexo biológico. Gênero “foi criado para distinguir a dimensão biológica da dimensão social (...) Assim, gênero significa que homens e mulheres são produtos da realidade social e não decorrência da anatomia de seus corpos” (GÊNERO, 2009, p. 43), ou seja, a identidade de gênero diz respeito à construção pessoal e social, e como a pessoa se reconhece; orientação sexual é referente a quem a pessoa sente atração afetivo-sexual; sexo biológico é a classificação com base na genitália, hormônios e cromossomos (EIRAS, 2019).

Com base em todas essas distintas definições que abrangem uma gama gigantesca de possibilidades fica inviável tentar enquadrar os indivíduos de acordo com um rótulo predeterminado, tirando dele qualquer individualidade.

## **Proteção Jurídica dos Transexuais**

A transexualidade é caracterizada, basicamente, por uma discordância entre o corpo e a identidade. A sexualidade sempre foi compreendida pela sociedade em geral como algo imutável, no entanto, no caso dos transexuais, de acordo com Adriana Franzin (2014), há uma não-identificação entre os seus órgãos genitais e a sua identidade de gênero, existe a convicção de que sua anatomia está em disparidade com o seu verdadeiro eu.

É imprescindível garantir a aplicabilidade e o respeito aos instrumentos de proteção aos transexuais já existentes, além da criação de novos dispositivos, com o objetivo de salvaguardar esse grupo sensível.

Acerca da identificação de gênero já é possível visualizar jurisprudência relacionada ao tema, reconhecendo de maneira expressa que sexo não é mais somente um dado fisiológico e imutável. Observando os aspectos sociais e antropológicos envolvidos, o Ministério Público do Rio Grande do Sul se pronunciou, em 2009, na Apelação Cível nº 70022504849, aceitando a contradição entre o sexo genético e genital, e o sexo cerebral ou social, que caracteriza o transexual.

Alguns mecanismos de defesa da identidade e integridade do transexual são o direito à cirurgia realizada pelo Sistema Único de Saúde, o direito ao es-

quecimento e o direito à mudança do seu nome.

No que tange à cirurgia transgenital, segundo disposto no portal da Secretaria de Comunicação da Universidade Federal de Goiás, “no Brasil, o Ministério da Saúde oferece atenção às pessoas nesse processo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) desde a publicação da Portaria N° 457, de agosto de 2008”. Entretanto, de acordo com o portal, existem regras que devem ser seguidas, como ter ao menos 18 anos para poder realizar os procedimentos ambulatoriais, a exemplo da terapia hormonal, e 21 para realizar a cirurgia. Além disso, é necessário passar por assistência terapêutica pelo tempo mínimo de dois anos e possuir um laudo que diagnostique a transexualidade. Isso tudo é indispensável ao se levar em conta a impossibilidade de reverter o procedimento cirúrgico. Para além, existem projetos de lei acerca da transgenitalização em tramitação, que podem vir a beneficiar muito as pessoas transexuais.

PROJETO DE LEI N° XXX/2011 - Dispõe intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. EMENDA: Autoriza o transexual a realizar cirurgia de adequação de sexo e admite a mudança do prenome e do sexo mediante apresentação de documentação que comprove a intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo originário.

Outra questão de suma importância é a necessidade de se garantir o direito ao esquecimento após a mudança de gênero, em razão do enorme preconceito que o transexual é exposto e da necessidade de recomeçar a sua vida. Direito ao esquecimento é o “é o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico, ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos” (ORTEGA, 2016, n.p.). É injusto que, mesmo após a cirurgia, o transexual seja obrigado a viver conforme o seu passado, à sombra de alguém que, efetivamente, nunca foi. Para que se tenha genuinamente um recomeço, é necessário afastar-se de seu passado.

Quanto ao direito à mudança de nome, o qual se trata de um direito personalíssimo, intrínseco a toda pessoa, nos moldes do art. 16 do Código Civil de 2002, no caso dos transexuais, o nome é uma questão extremamente problemática, visto que, segundo Marianna Chaves, Fernanda Leão Barretto e Rodolfo Pamplona Filho, “a ausência de identidade da pessoa transexual acarreta em desajuste psicológico, não se podendo falar em bem-estar de qualquer natureza” (2017, n.p.). Dessa maneira, se o indivíduo não se identifica com o gênero do nome que possui, essa situação pode ferir seriamente o seu psíquico. Assim, a alteração do nome civil lhe garante, não só maior aceitação social, mas aceitação para consigo mesmo. Carlos Alberto Bittar considera o nome como sendo: “um elo de ligação entre o indivíduo e a sociedade em geral”.

Um grande avanço ocorreu em março de 2018, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu autorizar, por unanimidade, que pessoas transexuais possam alterar seu nome e sexo no registro civil mesmo sem realizarem o

procedimento de transgenitalização. Essa decisão dos ministros foi baseada no direito à igualdade e à dignidade da pessoa humana, levando em consideração o direito à autodeterminação.

## **Violência Contra Transexuais**

A violência contra a população transexual no Brasil ocorre de maneira sistêmica. Para dificultar ainda mais, não existe ainda dados oficiais sobre essas circunstâncias fatídicas no Brasil, portanto as informações são coletadas de maneira muito ampla.

Conforme a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) disponibilizou, apenas em 2017 foram contabilizados 179 assassinatos de travestis ou transexuais. Isso significa que, a cada 48 horas, uma pessoa trans é assassinada no Brasil e em 94% dos casos, os assassinatos foram contra pessoas do gênero feminino. Dentro desses casos é possível se notar certa semelhança entre as vítimas, como sendo predominante o gênero feminino. Outro fator que deve ser levado em consideração é o fato que essas mulheres trans, não tendo oportunidades de emprego, acabam recorrendo à prostituição, que, segundo a ANTRA, chega a um percentual de 90%, o que aumenta ainda mais os perigos, sendo essa uma profissão de risco por sua natureza.

Para além, as formas como essas mortes ocorrem devem ser consideradas. O próprio texto da pesquisa da ANTRA salienta que

A associação mais comum é com a agressão física, tortura, espancamento e facadas. 85% dos casos os assassinatos foram apresentados com requintes de crueldade como uso excessivo de violência, esquarteramentos, afogamentos e outras formas brutais de violência. O que denota o ódio presente nos casos (ANTRA, 2018, n. p.).

Existe muita crueldade direcionada à mulher transexual, de modo que são ideais conservadores, machistas e preconceituosos que levam o Brasil a ser considerado o país que mais mata transexuais no mundo, numericamente, há anos. De acordo com dados divulgados pela ANTRA acerca de um estudo realizado entre 1 de outubro de 2018 e 30 de setembro de 2019, “no dia 20 de novembro de 2019, equipe do TvT –Transrespect versus Transphobia Worldwide publicou os resultados do Observatório de pessoas trans assassinadas (...) o Brasil segue como o país que mais assassinou pessoas trans do mundo neste período, com 132 mortes” (ANTRA, 2019, n.p.).

Os dados e as pesquisas apontadas mostram como o Brasil, mesmo sendo teoricamente um país que respeita a diversidade e a diferença se mostra o mais hostil do mundo em relação aos transexuais, ficando claro que a cultura machista e sexista prevalece ainda hoje, mesmo depois de tantos avanços conquistados. Portanto, se deve cada vez mais investir em programas de assistência e proteção a essa minoria que vem sendo massacrada, pra que essas pessoas possam viver com paz, dignidade e respeito até a velhice e não só até

os 35 anos, que é a expectativa de vida atual desse grupo.

## **Lei Maria da Penha e sua Aplicabilidade a Casos de Violência Doméstica e Familiar Contra Transexuais**

A Lei 11.340/2006 tem como propósito tutelar os vulneráveis e garantir a igualdade de tratamento entre os integrantes do núcleo familiar, posto que historicamente a mulher sofre com esse tipo de violência de maneira inquestionavelmente maior. O Ministro Celso de Mello, acerca dessa situação, dispõe que:

[...] o processo de afirmação da condição feminina há de ter, no direito, não um instrumento de opressão, mas uma fórmula de libertação destinada a banir, definitivamente, da praxis social, a deformante matriz ideológica que atribuía, à dominação patriarcal, um odioso estatuto de hegemonia capaz de condicionar comportamentos, de moldar pensamentos e de forjar uma visão de mundo absolutamente incompatível com os valores desta República. (STF – ADC nº 19/DF)

Ante ao exposto, a Lei Maria da Penha surgiu como um instrumento de proteção da mulher, devido à sua condição de fragilidade e histórico de submissão com relação aos seus pais, maridos, irmãos, devido às raízes patriarcais que influenciaram e ainda influenciam muito toda a população.

A mulher transexual tem em comum com a mulher biológica o estado de vulnerabilidade perante a sociedade e, junto a isso, carrega o estereótipo de subjugada. A partir do exposto, vale considerar que em nenhum momento o texto legal dispõe a respeito de qualquer tipo de vedação sobre quais mulheres a Lei abrange, ou seja, não proíbe a sua aplicação às transexuais, basta que seja caracterizada a condição de inferioridade na entidade familiar, e a violência ser motivada pura e simplesmente em razão de um estereótipo de debilidade da vítima, como o Superior Tribunal de Justiça disserta:

Não se descure que o telos fundamental da Lei n.º 11.340/06 é a proteção da mulher que, por motivação de gênero, encontra-se em estado de vulnerabilidade e de submissão perante o poder controlador e dominador do homem. Nesse aspecto, a regra contida no art. 5.º do estatuto legal é eloquente: “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 [...]”. (STJ. Habeas Corpus 196.877 – RJ).

O Judiciário tem se mostrado aberto à adaptação da Lei 11.340/2006 para casos de violência doméstica e familiar contra mulheres transexuais, visto que a sua identidade de gênero é de uma mulher. Em São Gonçalo, no Rio de Janeiro, ocorreu um caso emblemático, onde uma transexual sofreu intensa

violência psicológica de sua genitora, que tentou interná-la em uma instituição a força.

Afirma a vítima, mulher assumidamente transexual desde janeiro de 2016, que sua genitora se opõe à identidade de gênero que a mesma se atribui, sustentando que tal não passa de uma doença mental, adquirida em razão de más influências. Em decorrência das ideias defendidas pela mãe da vítima, esta se mudou para Minas Gerais (...) tendo lá permanecido por algum tempo até aquela tentar reconciliação familiar.

Ocorre que quando a vítima retornou ao lar, em imóvel próximo ao de sua genitora, esta teria retomado seu comportamento intolerante à orientação sexual de sua filha e ao gênero adotado, contratando serviço de ambulância com profissionais de enfermagem, os quais teriam submetido a vítima à situação extremamente vexatória, consubstanciada na imposição de força física a fim de colocá-la no interior da ambulância, deixando-a praticamente nua na presença da vizinhança, enquanto esta resistia, sem êxito, à internação forçada.

Narra a vítima que na ocasião foi dopada e conduzida coativamente à clínica de internação localizada em outro Estado da Federação, apesar da inexistência de laudo médico que ateste qualquer enfermidade mental ou incapacidade civil da vítima. (Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Comarca de São Gonçalo - Juízo de Direito da Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher).

A justiça da comarca decidiu aplicar, analogamente, a Lei 11.340/2006 à situação, concedendo medidas protetivas à vítima e proibindo a genitora de aproximar-se da filha.

Para além, não somente a jurisprudência se mostra maleável e favorável à adaptação da Lei Maria da Penha, mas, em nota técnica divulgada em 2014, a Presidente da Comissão Especial de Diversidade Sexual do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, Maria Berenice Dias, dispôs sobre a aplicabilidade da Lei à violência doméstica contra transexuais e travestis. Isso se faz possível tendo em vista os direitos à igualdade e à dignidade da pessoa humana, os quais têm o intuito de garantir respeito e proteção, levando em consideração que “todos os seres humanos são iguais em dignidade” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, p. 179, 2017).

Pelo princípio da legalidade tem-se que tudo que não proíbe, representa uma conduta possível. Assim, uma pessoa que se identifica como mulher, tendo ou não nascido do gênero feminino, deve ter as mesmas garantias legais. Para além, conforme disposto no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”, e, como nessa situação há uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se aplicar a Lei Maria da Penha à violência doméstica e familiar contra transexuais de modo análogo, posto que o gênero feminino deve ser considerado através da autodeterminação, e não da imposição social binária, além



disso, não é necessária a cirurgia de redesignação de gênero nem a alteração do nome no registro civil para que o indivíduo que se vê como mulher seja considerado mulher.

## Considerações Finais

Houve uma grande melhora com relação aos direitos dos transexuais com a garantia da realização da cirurgia de redesignação de gênero na rede pública de saúde, o direito ao esquecimento, além de o STF ter autorizado a mudança de nome civil e sexo no registro mesmo sem decisão judicial. Entretanto, ainda são necessários inúmeros avanços para salvaguardar plenamente o transexual, tendo em vista o enorme preconceito e a violência gigantesca contra esse grupo sensível.

Levando em consideração o fato de que, diferente do sexo biológico (que nada mais é do que hormônios e órgãos genitais), o gênero é o modo com que a pessoa se enxerga e se mostra para a sociedade, foi possível constatar que quem se caracteriza e se vê como uma mulher, tendo ou não nascido uma, deve ter as mesmas garantias legais. Uma mulher transexual deve ser tratada pela sociedade e pelo Estado da maneira que se identifica: como uma mulher. Não colocar a “nascida” mulher e a mulher transexual em um patamar igualitário é uma afronta ao direito em si, pois a constituição prevê tratamento igualitário de direitos a todos os cidadãos, portanto, dentro desse espectro não seria justo excluir uma parcela dessa minoria, simplesmente pelo fato de não ser biologicamente mulher.

Tendo isso em mente, o próprio Poder Judiciário tem se mostrado flexível e a favor de uma interpretação mais equitativa da Lei 11.340/2006, aplicando-a a casos de violência doméstica e familiar contra mulheres transexuais, como ocorreu no caso da transexual de São Gonçalo, citado anteriormente.

Em suma, é evidente o fato de que toda mulher, socialmente caracterizada ou nascida mulher, deve ser resguardada pelas mesmas ferramentas do ordenamento jurídico. Como é de conhecimento público, se o texto legal não proíbe, significa que a conduta é possível; consequentemente, a Lei 11.340/2006 pode e deve ser aplicada para todos os casos de violência doméstica e familiar, pois em nenhum dos seus artigos consta uma proibição expressa de amoldamento ao contexto.

## Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Verbatim, 2017.

BENEVIDES, Bruna. **Violência crescente contra pessoas trans em 2018**. ANTRA, 2018. Disponível em: <https://antrabrazil.org/2018/03/29/violencia-crescente-contra-pessoas-trans-em-2018/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BENEVIDES, Bruna. **2019: Brasil segue na liderança dos assassinatos contra**

**peças trans no mundo.** ANTRA, 2019. Disponível em: <https://antrabrasil.org/2018/03/29/violencia-crescente-contra-pessoas-trans-em-2018/>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **Identidade e etnia:** construção da pessoa e resistência cultural. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988.43. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04/07/1942. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 11. 340, de 07/08/2006. **Lei Maria da Penha.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm). Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. STJ. Habeas Corpus nº 196.877. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília/DF, DJ: 14 fev. 2011. **Violência Doméstica e Familiar.** Data de publicação: 23 fev. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18301843/habeas-corpus-hc-196877>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. TJRJ. Apelação Cível nº 0018216-43.2011.8.19.0026. Relator: Des. Paulo Sérgio Prestes dos Santos. Rio de Janeiro/RJ, DJ: 09 fev. 2015. **Processo Transexualizador.** Data de publicação: 11 fev. 2015. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00043852644466112460C4C-6F73E5CD5581DC5034C5C4233>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BRASIL. TJRJ. Processo nº 0018790-25.2017.8.19.0004. Juiz André Luiz Nicolitt. São Gonçalo/RJ, DJ: 26 maio 2017. **Violência Doméstica Contra Transexual.** Data de publicação: 30 maio 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lei-maria-penha-tambem- protege-mulher.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CHAVES, Marianna; BARRETTO, Fernanda Leão; FILHO, Rodolfo Pamplona. **A tutela jurídica da transexualidade no Brasil.** 2017. Disponível em: [http://www.rkladvocacia.com/tutela-juridica-da-transexualidade-no-brasil/#\\_ftn11](http://www.rkladvocacia.com/tutela-juridica-da-transexualidade-no-brasil/#_ftn11). Acesso em: 18 nov. 2019.

EIRAS, Natália. **Entenda a diferença entre sexo biológico, gênero e orientação sexual.** Universa, Uol, 27/06/2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/06/27/entenda-a-diferenca-entre-sexo-biologico-genero-e-orientacao-sexual.htm>. Acesso em: 19 nov. 2019.

FRANZIN, Adriana. **O que é ser travesti ou transexual?** Empresa Brasil de Comunicação, 29/01/14. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/infantil/voce-sabia/2014/01/o-que-e-ser-travesti-ou-transexual>. Acesso em: 20 nov. 2019.

**GÊNERO e diversidade na escola:** formação de professoras/es em Gênero, Orientação Sexual e Relações Étnico-Raciais. Livro de conteúdo. Rio de Janeiro: CEPESC, 2009.

GOIÁS. Secretaria de Comunicação da Universidade Federal de Goiás. **Cirurgias de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008.** 06/03/2015. Fonte: Portal Brasil. Disponível em: <https://secom.ufg.br/n/79242-cirurgias-de-mudanca-de-sexo-sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>. Acesso em: 19 nov. 2019.

MARTINS, Helena. **Número de assassinatos de travestis e transexuais é o maior em 10 anos no Brasil**: Segundo a Associação Nacional de Travestis e Transexuais, em 2017. Agência Brasil - Empresa Brasil de Comunicação, 25/01/2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-01/assassinatos-de-travestis-e-transexuais-e-o-maior-em-dez-anos-no-brasil>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **O que consiste o direito ao esquecimento?** 2016. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319988819/o-que-consiste-o-direito-ao-esquecimento>. Acesso em: 19 nov. 2019.

POMPEU, Ana. **STF autoriza pessoa trans a mudar nome mesmo sem cirurgia ou decisão judicial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-01/stf-autoriza-trans-mudar-nome-cirurgia-ou-decisao-judicial>. Acesso em: 19 nov. 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

# A IMPORTÂNCIA DO ATIVISMO JUDICIAL NA CONQUISTA DO DIREITO À UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA NO BRASIL

**Beatriz de Lima Cardoso**

Graduanda do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais  
(UEMG), Unidade Frutal, Brasil

**Gabriela Santos Morais**

Graduanda do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais  
(UEMG), Unidade Frutal, Brasil

## **Resumo:**

O presente estudo visa entender, a partir das violências claramente sofridas pela comunidade LGBTI+ no Brasil, a urgência de norma que regulamente a união entre pessoas de mesmo gênero, fenômeno que sempre ocorreu na humanidade, e que ainda hoje é negligenciado pelo Poder Público no país. Evidenciando os entraves políticos enfrentados pelos poucos projetos legislativos que buscaram atender a essa demanda, analisar-se-á a necessidade de intervenção, por parte do Poder Judiciário, na competência legislativa, no que tange ao reconhecimento da união estável homoafetiva no Brasil. O ápice da discussão, por fim, encontra seu palco no ano de 2011, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277.

**Palavras-chave:** Ativismo judicial; União Estável Homoafetiva; ADPF 132; ADI 4277.

## **Introdução**

Mesmo sendo a defesa dos direitos da comunidade LGBTI+ uma pauta já observada – mesmo que ainda não pacificada – na sociedade brasileira, os membros dessa comunidade ainda sofrem profundas violências dentro do território brasileiro – físicas, psicológicas e institucionais.

Prova pouco discutida da marginalização dessas pessoas está, justamente, na falta de atenção dos órgãos oficiais em se debruçar sobre dados concernentes a essa população. Dados específicos sobre a violência sofrida por

essas pessoas no país são ainda mais difíceis de se encontrar. Até 2017, não havia nenhum relatório ou parecer oficial de qualquer ente governamental a respeito da violência específica sofrida por homossexuais, lésbicas, bissexuais e transgêneros no Brasil.

Diante da carência de dados, alguns grupos independentes, organizados pela própria comunidade, passaram a pesquisar e apresentar relatórios que tratassem do tema. O Grupo Gay da Bahia (GGB), primeira associação de defesa dos direitos dos homossexuais no Brasil, foi também pioneiro em produzir esse tipo de pesquisa; de forma extraoficial, através de análise de casos concretos de homofobia noticiados pelos mais diversos veículos de mídia, dados eram produzidos e publicados. Mais tarde, a ANTRA (Associação Nacional de Travestis e Transexuais) passou a também emitir relatórios com pesquisas de mesmo cunho, mas voltados especificamente para a comunidade travesti e transexual no país. Atualmente, além destes, a Rede Trans vem, desde 2016, realizando trabalho parecido.

Finalmente, em 2017, pela primeira e única vez, o Ministério dos Direitos Humanos publicou o relatório “Violências LGBTfóbicas no Brasil: dados da violência”, onde organizou dados obtidos nos anos de 2016 e 2017, através do Disque 100, principal veículo de denúncias telefônicas no Brasil, que indicassem quantitativamente as violências sofridas pela comunidade LGBTI+ no país. Em 2019, o Atlas da Violência incluiu estes mesmos dados.

Os dados produzidos são alarmantes, porque mostram que tal violência não só é comum, como ainda é crescente: de 2016 para 2017, cresceu em mais de 53% os casos de lesão corporal sofrida pela comunidade LGBTI+ no Brasil; as tentativas de homicídio também subiram 52% no mesmo período; os homicídios consumados causados por homofobia subiram 127%. (Ministério de Direitos Humanos, 2017)

Assim, qualquer discussão acerca de direitos não usufruídos por pessoas LGBTI+, e exercidos por pessoas cis héteros no Brasil, é sempre necessária, por enfrentar essa violência, ainda crescente no século XXI, e buscar dar luz a assuntos que devem ser debatidos pela comunidade jurídica, a fim de diminuir preconceitos e quebrar barreiras conservadoras.

O presente estudo se propõe a tratar de tema já amplamente discutido no Brasil: os efeitos jurídicos da união entre pessoas de mesmo gênero. Já debatido há anos no Congresso Nacional, o reconhecimento da união estável homoafetiva nunca teve, de fato, norma reguladora que trate de seus efeitos, que regulamente procedimentos ou incida sobre o direito previdenciário ou o direito à adoção por parte dessas pessoas, por exemplo.

Surge, enfim, em 2011, a oportunidade ao Poder Judiciário de resolver este embate há tanto tempo traçado, porém nunca resolvido de fato, pelo Poder Legislativo. O julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277, por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), se justifica no próprio vazio legislativo acerca de uma temática tão urgente.

## A Falta de Norma Civil Regulamentadora

Destarte, é necessário apontar que não é difícil compreender que a comunidade LGBTI+ é uma parcela considerável da sociedade brasileira, e a união entre pessoas de mesmo gênero não deve ser negligenciada pelo Estado, uma vez que esta acontece em território nacional, e, como bem diz o Direito, a lei deve seguir o andamento histórico da sociedade. É imprescindível que o Estado esteja presente nas relações sociais de forma responsável, e que siga a sociedade e suas mutações históricas, como bem explica Patrícia Peck, ao tratar de Direito Digital: (...) nos encontramos em uma situação de transição, de mutação do Direito, em que a falta de adequação dos processos jurídicos e dos seus profissionais gera ainda mais incerteza, insegurança quanto à capacidade de vivermos em um estado de legalidade (PECK, 2002).

Fato é que, no entanto, o Poder Legislativo brasileiro sempre foi negligente em se tratando dos direitos da comunidade LGBTI+, e não foi diferente na temática da união estável e do casamento homoafetivos.

O primeiro projeto apresentado no Congresso Nacional sobre o tema foi o Projeto de Lei n. 1.151, de 1995, de autoria da então senadora Marta Suplicy, que buscava reconhecer a união estável homoafetiva, bem como determinar formas de registro civil. Também trazia normatização de direitos à sucessão, à propriedade, assim como de direitos previdenciários, todos resultantes da união estável. O projeto foi considerado inovador e foi avidamente debatido em plenário.

O projeto, porém, sofreu substituto global por outro projeto, de autoria do então deputado federal Roberto Jefferson, de ala mais conservadora, que trazia mais detalhes sobre os temas já abordados no projeto inicial, mas que condicionava, no entanto, à proibição de disposições sobre adoção, tutela e guarda de crianças e adolescentes por parte dos casais homoafetivos, mesmo sendo reconhecida a união estável entre eles. O projeto, no entanto, foi retirado de pauta em 2001, e arquivado posteriormente.

Mais tarde, em 2003, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 70 foi apresentada em plenário pelo então senador Sérgio Cabral, e buscava alterar a definição de entidade familiar constante na Constituição Federal de 1988, e possibilitar seu reconhecimento na união estável homoafetiva. Por pressão popular e política, porém, a proposta foi retirada pelo próprio senador em 2006.

Atualmente, correm, no Congresso Nacional, a PL 2.285 e a PL 674, ambas de 2007, que também buscam regulamentar a união estável homoafetiva e a sua equiparação à união estável heteroafetiva; doze anos depois, porém, nenhuma chegou a ser aprovada. Além disso, correm junto a elas a PL 4.568 de 2008 e a PL 7.018 de 2010, ambas buscando a proibição de adoção, guarda ou tutela de crianças e adolescentes por parte dos casais homoafetivos.

Não é necessário debater muito para compreender esse silêncio do Poder Legislativo como um desdobramento do próprio preconceito enraizado

na sociedade brasileira para com a vida particular das pessoas LGBTI+. Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, em 2011, aponta:

De volta ao caso em apreço, o silêncio legislativo sobre as uniões afetivas nada mais é do que um juízo moral sobre a realização individual pela expressão de sua orientação sexual. É a falsa insensibilidade aos projetos pessoais de felicidade dos parceiros homoafetivos que decidem unir suas vidas e perspectivas de futuro que, na verdade, esconde uma reprovação (STF, 2011).

De fato, não se pode esquecer que os casais heteroafetivos, desde os primórdios da sociedade, têm direito a ter uma família e a serem reconhecidos perante a sociedade; não há motivo para ser diferente a situação dos casais homoafetivos, senão o fato de haver, mesmo dentro do Poder Legislativo e de sua competência para reger racionalmente as relações humanas, uma discriminação sem escrúpulos.

## **O Ativismo Judicial e a Competência para Legislar**

Não sendo observada qualquer manifestação do Poder Legislativo no que tange à regulamentação de direitos de qualquer parcela da sociedade, inevitavelmente, cai-se na discussão acerca de um forte fenômeno jurídico no Brasil: o ativismo judicial, que é muito bem explicado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luis Roberto Barroso:

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2008).

O ativismo judicial é, portanto, a interferência de órgão judicial em competências que, via de regra, são do Poder Legislativo, que, para isso, tem representatividade. O fenômeno é explicado sutilmente pelo Ministro Marco Aurélio Mello, no julgamento da ADPF 132, em 2011, ao defender o exercício do Supremo Tribunal Federal como um balanceamento entre a lei positiva e a moral:

Já se concluiu que o Direito sem a moral pode legitimar atrocidades impronunciáveis, como comprovam as Leis de Nuremberg, capitaneadas pelo Partido Nazista, que resultaram na exclusão dos judeus da vida alemã. A ciência do Direito moralmente asséptica almejada por Hans Kelsen – a denominada teoria pura do Direito – desaguou na obediência cega à lei injusta, e a história já revelou o risco de tal enfoque. O Direito, por ser fruto da cultura humana, não pode

buscar a pureza das ciências naturais, embora caiba perseguir a objetividade e a racionalidade possíveis. Por outro lado, o Direito absolutamente submetido à moral prestou serviços à perseguição e à injustiça, como demonstram episódios da Idade Média, quando uma religião específica acapturou o discurso jurídico para se manter hegemônica. Como se sabe, as condenações dos Tribunais de Santa Inquisição eram cumpridas por agentes do próprio Estado – que também condenava os homossexuais, acusados de praticar a sodomia ou o “pecado nefando” que resultou, para alguns, na destruição divina da cidade de Sodoma, conforme é interpretada a narrativa bíblica. O jurista espanhol Gregório Peces-Barba Martinez assinala que a separação entre Direito e moral constitui uma das grandes conquistas do Iluminismo, restaurando-se a racionalidade sobre o discurso jurídico, antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa (STF, 2011).

Desta forma, entende-se necessário, em alguns momentos históricos, que haja intromissão do Poder Judiciário nas competências legislativas, para que, de fato, o Estado não se ausente da vida civil.

## **O Julgamento de 2011: ADI 4277 e ADPF 132**

Em meio à necessidade de regulamentação do fenômeno da união estável homoafetiva, então, no dia 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277, de autoria do então Procurador-geral do Estado do Rio de Janeiro (RJ), Roberto Gurgel, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)132, de autoria do então governador do estado do Rio de Janeiro (RJ).

## **O Conceito de Família**

Se, aqui, se discute o reconhecimento de uma modalidade de união estável diversa daquela já anteriormente aceita pela lei, discute-se, também, o reconhecimento desta enquanto entidade familiar. Portanto, um dos principais pontos visitados por todos os votos no julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 foi, sem dúvida, o conceito de família.

É indiscutível que o conceito de família já ultrapassou, sem dúvida, o conceito conservador da família tradicional, composta por pai, mãe e filhos. Hoje em dia, a família é entidade jurídica muito mais complexa, e é aceita juridicamente nas mais variadas composições. Neste sentido, o Ministro Luiz Fux, durante o julgamento, apontou para as características realmente essenciais da entidade familiar:

E o conceito de família no mundo hodierno, diante de uma Constituição pós-positivista, é um conceito de família que só tem validade conquanto privilegie a dignidade das pessoas que a compõem. Assim como, hodiernamente, só há propriedade conquanto ela cumpra



sua finalidade social, há família, conquanto ela cumpra a sua finalidade social; a família, conquanto ela conceda aos seus integrantes a máxima proteção sob o ângulo da dignidade humana. Ora, se esse é o conceito, se essa é a percepção hodierna, a união homoafetiva enquadra-se no conceito de família (STF, 2011).

Para além do conceito atual de entidade familiar e de família, o Ministro Marco Aurélio Mello apontou, também, para o caráter mutável do direito familiar, e para a concepção histórico-evolutiva que a lei tem de ter para atender às demandas familiares:

A situação foi mudando gradualmente. Primeiro, com a edição da Lei n. 4.121 de 1996 – Estatuto da Mulher Casada, que atribuiu capacidade de fato à mulher, admitindo-lhe ainda a administração dos bens reservados. Em seguida, o divórcio, implementado pela Emenda Constitucional n. 9 de 1977 e pela Lei n. 6.515 de 1977, modificou definitivamente o conceito de família, ficando reconhecidas a dissolução do vínculo e a formação de novas famílias. O processo evolutivo encontrou ápice na promulgação da Carta de 1988. O Diploma é o marco divisor: antes dele, família era só a matrimonial, com ele, veio a democratização – o reconhecimento jurídico de outras formas familiares (STF, 2011).

## **A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Família**

O princípio da dignidade da pessoa humana, por ser princípio do qual deriva uma série de outros princípios, abrange quase que toda a vida, privada ou pública, e não é diferente no que tange ao direito familiar: é dignidade, também, ter direito a constituir uma família e a assumir essa entidade perante à sociedade. Sob este ponto de vista, tem-se que:

Significa dizer que, o ser humano constitui-se em o próprio fim da atividade estatal, nascendo para esse o dever de observá-la, independente de regramentos jurídicos preexistentes, pois, como cediço, as relações sociais passam por transformações e nem sempre a regra material acompanha ou até mesmo rege todas as situações possíveis. E, fundando-se no direito de liberdade, consectário do Estado Democrático de Direito, e desde que a liberdade de escolhe dos indivíduos não transcenda e alcance a liberdade de outro indivíduo ou à própria sociedade com um todo, poderá ele sim, escolher o seu modelo de família e obter a proteção estatal (ALVES, 2017).

Junto ao princípio da igualdade e não discriminação, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana foi base da justificativa para o reconhecimento da união estável entre pessoas de mesmo gênero, como resumido pelo Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto:

Entendo, pois, que o reconhecimento os direitos oriundos de uniões homoafetivas encontra fundamento em todos os dispositivos consti-

tucionais que estabelecem a proteção dos direitos fundamentais, no princípio da dignidade da pessoa humana, no princípio da igualdade e da não-discriminação. Normas, estas, auto-aplicáveis, que incidem diretamente sobre essas relações de natureza privada, irradiando sobre elas toda a força garantidora que emana do nosso sistema de proteção dos direitos fundamentais (STF, 2011).

## Conclusão

Tendo sido observadas, por fim, as inúmeras violências sofridas pela comunidade LGBTI+ no Brasil, e tendo sido apontada, como uma delas, a ausência do Poder Legislativo na regulamentação para exercício de claro direito ao reconhecimento de união estável homoafetiva, sendo este desdobramento inequívoco dos princípios de dignidade da pessoa humana, de igualdade e de não-discriminação, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu, por fim, como obrigatório o reconhecimento do instituto debatido.

O debate legislativo, no entanto, não pode ser relaxado, como bem explica o Ministro Gilmar Mendes:

Assim, de um lado, é importante ter-se em mira que o Legislativo, por mais de 15 anos, vem debatendo a matéria e procurando amadurecê-la, de forma que possa chegar a uma regulamentação satisfatória. Nessa linha de raciocínio, e a depender da complexidade das soluções normativas demandadas deste Tribunal, talvez uma decisão daqui emanada possa até ter efeito mais prejudicial do que benéfico ao amadurecimento do debate na sociedade. (...) Por outro lado, é inegável que a ausência de uma regulamentação legislativa minimamente estruturada durante todo esse período implica uma proteção insuficiente aos cidadãos que pretendem resguardar seus direitos fundamentais e aqueles decorrentes de uma união homoafetiva (STF, 2011).

Não se pode presumir, portanto, que a posição jurisdicional é suficiente para que haja reconhecimento dessas relações por parte da sociedade; o Poder Legislativo deve continuar debatendo a temática, e deve, o mais cedo possível, dar respostas claras ao movimento LGBTI+, no sentido de enfrentar os preconceitos sociais, rumo a uma sociedade mais igualitária.

## Referências

ALVES, Luciana Calixto. O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito de família contemporâneo. **Revista Jus Navegandi**: São Paulo, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/56121/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-o-direito-de-familia-contemporaneo>. Acesso em 20 nov. 2019.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2008. Disponível em: [https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf). Acesso em 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de**

**Preceito Fundamental (ADPF).** Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. ADPF 132 e ADI 4277. Governador do Estado do Rio de Janeiro (RJ) e Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro (RJ). Relator: Ministro Ayres Britto. DJE n. 198. Divulgação em 13 out. 2011. Publicação em 14 out. 2011. Ementário n. 2607-1.

Haidar, Rodrigo. Supremo Tribunal Federal reconhece união estável homoafetiva. **Revista Consultor Jurídico:** Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-05/supremo-tribunal-federal-reconhece-uniao-estavel-homoafetiva>. Acesso em 20 nov. 2019.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Violências LGBTfóbicas no Brasil:** dados da violência. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/lgbt/violencia-lgbtfobicas-no-brasil-dados-da-violencia>. Acesso em 20 nov. 2019.

Peck, Patricia. Quando a sociedade muda, o Direito também tem de mudar. **Revista Consultor Jurídico:** Brasília, 2002. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2002-nov-28/quando\\_sociedade\\_muda\\_direito\\_tambem\\_mudar](https://www.conjur.com.br/2002-nov-28/quando_sociedade_muda_direito_tambem_mudar). Acesso em 20 nov. 2019.

# RESISTÊNCIA - A MARCHA DA CIDADANIA NO ARCO-ÍRIS: A PARADA LGBTI DE NITERÓI

Ana Beatriz Quiroga

Mestranda em Política Social na Universidade Federal Fluminense. Graduada em Letras. Pesquisadora no Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania – Nudhesc/UFF

## Resumo:

O presente artigo busca apresentar como se processou a construção da Parada LGBTI de Niterói, através da história e trajetória do movimento LGBTI em Niterói, Rio de Janeiro, Brasil, onde resido e acompanho de forma participativa a construção do ato político. Nesse contexto, apresenta-se a formação do movimento LGBTI na cidade, sua institucionalização e a contribuição desses coletivos para a concepção da Parada LGBTI na cidade. Dialogando com a formação do sujeito e sua participação em movimentos sociais, discute-se esta consolidação a partir de uma perspectiva de leitura da realidade social e culturalmente constituída, repleta de símbolos e valores a serem decifrados. Assim, procuramos traçar um diálogo entre o passado e a história contemporânea da organização homossexual em Niterói e dos personagens ligados a ela direta, ou indiretamente. Para tal, ao examinar de que modo tal realidade social foi e é constituída e/ou desconstruída, nosso olhar se deu a partir da vivência e do olhar dos vários grupos que a compõem e, para tanto, utilizamos a observação participante, relatos orais e o diário de campo como metodologia de pesquisa. Tendo em vista o crescimento da direita conservadora no contexto político atual do país e o desmonte das políticas públicas voltadas para as questões de gênero e diversidade, tornou-se de extrema importância resgatar a história da organização homossexual e a construção da consciência política desses sujeitos sociais niteroienses.

**Palavras-chave:** Parada LGBTI; Movimento social; Sujeitos sociais; Direitos humanos; Sexualidade.

## Introdução

O tema dessa pesquisa surge, em primeiro lugar, a partir de minha participação no Núcleo de Pesquisa sobre Direitos Humanos, Sociais e Cidadania (NUDHESC) da Escola de Serviço Social da Universidade Federal Fluminense, que permitiu minha aproximação com a área de Gênero e Sexualidade e

com o tema da visibilidade LGBTI. Associada ao fato que sou voluntária há cinco anos na Parada LGBTI de Niterói, manifestou-se o interesse em pesquisar como o evento, de relevante proporção, que mobiliza grande parte da cidade, se dá.

(...) o objetivo de todo movimento de subversão simbólica é operar um trabalho de destruição e de construção simbólicas visando a impor novas categorias de percepção e de avaliação, de modo a construir um grupo, ou, mais radicalmente, a destruir o princípio mesmo de divisão segundo o qual são produzidos não só o grupo estigmatizante, como também o grupo estigmatizado. (BOURDIEU, 1999, p. 105)

A comunidade LGBTI tem utilizado o campo da cultura como principal forma de penetração na sociedade, com vistas a superar a dialética exclusão/inclusão social e na busca por conquistas de direitos sociais e reconhecimento identitário. Por isso, esse estudo visa compreender o processo de formação dessa identidade, desse sujeito LGBTI dentro do contexto da cidade em questão e analisar de que forma a prática, como Bourdieu (1998) aponta, constrói o movimento LGBTI e, conseqüentemente, a Parada LGBTI de Niterói. Portanto, utilizaremos o material bibliográfico revisado através das disciplinas de Sujeito Social e da minha participação ativa no Grupo de Diversidade de Niterói (GDN), responsável pela organização da Parada.

Ao falar em participação ativa, abrimos caminho para abordar o conceito de pesquisadora-ativista, já que me reconheço como tal a partir da minha vivência dentro do movimento LGBTI. Pesquisador-ativista em Radha D'Souza (2010), é aquele que assume o compromisso com a construção de conhecimentos científicos a partir das experiências de opressão, de desigualdade e de injustiças vividas por determinados grupos sociais. E como preconiza Fonseca (1995, p. 65), ninguém nega que somos parte da realidade que pesquisamos, uma vez que no processo da construção do conhecimento científico, também se realiza um exercício pessoal, tanto para entender como para partilhar as impressões sobre o objeto de estudo.

Portanto, pretende-se entender os caminhos escolhidos pelos que criaram a Parada LGBTI e que se tornou referência, desempenhando papel fundamental na construção de uma identidade social a respeito da cultura LGBTI. Nesse sentido, além de ser um espaço de luta pelo reconhecimento da identidade LGBTI, a Parada LGBTI pode também ser vista como um campo fértil para o debate e reflexão para formulação de políticas públicas voltadas, especificamente, para a população LGBTI. Dessa luta, emerge um novo sujeito, segundo Silva (2009), portador de uma nova consciência, e supõe, um processo de formação de consciência política. Portanto, a pesquisa traz à tona contradições e dilemas internos enfrentados ao longo da organização social dos sujeitos homossexuais, lésbicas, bissexuais, transsexuais e travestis, uma vez que estes não são inerentes apenas à realidade externa ao movimento na

cidade.

É certo que os movimentos de gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros tem desempenhado, ao longo da história, o árduo papel de criar estes espaços emergentes, oriundos da luta política entre os criadores – e controladores – da memória oficial e eles próprios, propondo uma “contra-memória” oficial. É na ação política, na consciência política<sup>1</sup> que evoca e transforma as estruturas, que esses sujeitos sociais lutam pela construção e abertura de um novo projeto de sociedade e de cidadania. A luta pelo *direito a ter direito*, Silva (2009), é a disputa para que seus direitos sejam reconhecidos como direitos humanos, constitui-se como uma possibilidade de se romper com o silêncio que encerra a população LGBTI e lhe confere inserção ao espaço público e ao direito a uma memória pública, coletiva e política.

Os movimentos sociais que lutam para a inserção da população LGBTI, em nossa sociedade, patriarcal e heteronormativa, têm considerado como um procedimento necessário, desestruturar consensos e normatizações estruturais, como também, estabelecer dissensos e mudanças nas consciências. E, para a consolidação da cidadania travam também uma batalha simbólica, uma luta por estabelecimento de hegemônias, sem, contudo, deixar de se evidenciar os conflitos e antagonismos inerentes a este processo. Assim, nessa lógica, se pensa na construção da possibilidade do surgimento de um novo sujeito social, segundo Silva (2009), portador de uma nova consciência, que pressupõe, um processo de formação de consciência política.

Mas, cabe destacar que toda essa movimentação, também apresenta contradições e dilemas internos enfrentados ao longo da organização social dos sujeitos homossexuais. As paradas LGBT tem em seu bojo uma questão ainda hoje tabu, a homossexualidade, e se depara com dificuldades externas e internas, que podem resultar em momentos de desarticulação e desmobilização, mas que torna-se referência, desempenhando papel fundamental na construção de uma identidade social e respeito da cultura LGBTI.

Nesse sentido, além de ser um espaço de luta pelo reconhecimento da identidade LGBT, a Parada LGBTI pode também ser vista como um campo fértil para o debate e reflexão para formulação de políticas públicas<sup>2</sup> voltadas, especificamente, para a população LGBT. Parte-se, então, do entendimento de que as políticas públicas e sociais se dão enquanto um processo multideterminado e como um campo complexo de correlação de forças (Potyara, 2009). Ou seja, política social não é linear, mas sim tem caráter empírico, que não apenas se dispõe a conhecer e explicar o mundo real, mas também agir nesse mundo, visando mudanças.

---

1 Para o conceito de consciência política utilizado nesse artigo, considera-se o dado por Gramsci, na qual a ação coletiva deve ser entendida enquanto elemento produtor de consciência política.

2 Para uma melhor compreensão da definição de políticas públicas, adota-se o conceito de Potyara (2009): a política pública implica sempre, e simultaneamente, intervenção do Estado, envolvendo diferentes atores (governamentais e não-governamentais) seja por meio de demanda, suporte ou apoios, seja mediante o controle democrático.

## Movimentos Sociais

A Constituição brasileira de 1988 trouxe amplitude de direitos nunca antes atingidos. A liberdade de expressão, de imprensa e de organização, e o reconhecimento do racismo - visto como crime inafiançável - foram alguns dos importantes avanços na história brasileira contra as desigualdades sociais. Assim, o final da década de 1980, tida como a “década perdida” em termos econômicos, mas profícua para os movimentos sociais, tornou-se marcante para estes, visto que foi uma década em que as massas não se calaram, e saíram às ruas e praças reivindicando por direitos, por liberdade de expressão, por garantias de trabalho, de salários justos, entre outros.

Neste contexto, se fortalece a ideia de novos movimentos sociais, que são formas de se organizar e se pensar, defendendo interesses a partir de uma perspectiva culturalista. Ao iniciarmos esta seção, pensávamos em apresentar uma conceituação de movimentos sociais que fornecesse uma base inicial para as elaborações teóricas que apresentaremos. Contudo, após a constatação da enorme diversidade de autores e livros encontrados sobre esta temática<sup>35</sup>, notamos que a discussão acerca do conceito de movimento social é ampla e complexa. O movimento vivo da sociedade desencadeia transformações que trazem mudanças estruturais na esfera macro da sociedade; isso pode refletir na forma como os grupos sociais enxergam, discutem, e se organizam para enfrentar estas transformações. Por esta razão, a tarefa de conceituar movimentos sociais não se torna algo simples, mas a sua teorização tem suma relevância para o propósito do nosso estudo. Gohn (2012, p.11) nos explica sobre a relevância da teorização sobre movimento social dizendo que

A preocupação com a teorização sobre os movimentos sociais ocorre porque, por um lado, eles ganharam visibilidade na própria sociedade na qualidade de fenômenos históricos concretos. Por outro, o desenvolvimento das teorias sobre o social colocou as ações coletivas num outro patamar, num universo mais amplo, reconstruindo e construindo novas teorias sobre a sociedade civil. Simultaneamente, o Estado, objeto central de investigação de uma grande parcela de cientistas sociais, passou, no plano da realidade concreta, com a globalização, a ser deslegitimado, criticado, com destaque para a perda de sua importância como agente regulador de fronteiras nacionais, controles sociais etc. Ocorreu um deslocamento de interesse para a sociedade civil, e nesta os movimentos sociais são citados como uma das ações sociais por excelência.

Ribeiro (2001, p.09) também concorda com a dificuldade de se conceituar movimentos sociais, dizendo que não há consenso em relação a este conceito, “já que coexistem diferentes e competitivas culturas políticas e, logo, expectativas de transformação das relações sociais”. Montañó e Duriguetto (2010) apontam que é importante que não se confunda movimento social com mobilização social, esclarecendo que um movimento social caracteriza

uma organização com relativo grau de formalidade e de estabilidade, sem se reduzir apenas a atividades que se esgotam em si mesmas quando alcançadas. Já a mobilização social tem esse caráter passageiro. Ela é uma ferramenta do movimento social apenas.

Há ainda os autores que buscam classificar os tipos de movimentos sociais, surgindo aí uma enorme listagem destes. Apenas para exemplificar, podemos citar os registros históricos encontrados por Touraine (1989): os movimentos messiânicos, os camponeses, os de defesa comunitária, os de defesa da identidade, os de lutas urbanas, os novos movimentos sociais, os movimentos históricos, os políticos e as lutas culturais.

Embora haja esta dificuldade em se chegar a um consenso sobre o que seja um movimento social, ou sobre qual categoria de análise é mais adequada, alguns autores encontram elementos que podem nos oferecer uma compreensão do que significam tais movimentos na sociedade. Para Cândido Grzybowski (1991), os movimentos sociais representam uma forma de conquista e exercício da cidadania. Eles não trilham caminhos previamente definidos, mas os constroem ao se mover. Eles permitem aos trabalhadores aprenderem como se unir, organizar, negociar, participar, elaborar sua identidade social, a consciência de seus direitos e a apreensão crítica do seu mundo, de suas práticas e representações sociais e culturais. A continuação da prática (greves, passeatas, acampamentos...) permite um salto na consciência, na socialização política. Para o autor, há movimentos que estão de costas para o Estado em um Estado que também está de costas para os movimentos sociais, como o atual governo de Jair Bolsonaro. É na luta pela direção do poder, na luta de classes que os movimentos sociais devem se fazer agir.

Para Gonh (1999), os movimentos sociais são ações coletivas, e possuem um caráter sociopolítico. Eles questionam a realidade estrutural, e não apenas os seus efeitos. São organizações que possuem uma identidade, têm um opositor e articulam ou se fundamentam num projeto de vida e de sociedade, ou seja, há um questionamento da ordem. Ainda segundo a autora, ao olhar para a história, observamos que os movimentos sociais contribuíram para organizar e conscientizar a sociedade. Eles apresentam conjuntos de demandas via práticas de pressão e mobilização, e têm certa continuidade e permanência. Não objetivam ações imediatas, e não acabam quando têm suas reivindicações atendidas. Eles não são movidos apenas pelas necessidades imediatas, pois podem surgir e se desenvolver também a partir de uma reflexão sobre sua própria experiência.

Para os fins do presente estudo, as novas formas de organização e direção social e política que assumem os chamados novos movimentos sociais (NMS) são as que mais nos interessam, por entendermos que o movimento LGBTI encontra-se atualmente bem mais próximo das ideias formuladas por estes novos movimentos sociais/movimentos sociais culturalistas, do que em torno dos movimentos sociais tradicionais, de classe, conforme vimos acima.



## Da Parada do Orgulho Gay a Parada LGBTI

Jaffre, 1981, afirma que “o Stonewall se converteu em uma lenda que celebra o mito da unidade (um único movimento social LGBT), o Gay Pride é o ritual que, a cada ano, faz renascer esse mito”. Para entender o poder da representação de Stonewall, é preciso fazer uma releitura histórica do movimento LGBTI, no Brasil e no mundo.

A partir da década de 1960 e 1970, a identidade sexual teve um novo princípio organizador do universo sexual, capaz de substituir conceitos como desvio. A ideia de formar uma identidade sexual abriu novas possibilidades para homens e mulheres construírem e vivenciarem suas sexualidades, bem como para a reorganização das relações de poder que delimitam o campo sexual.

O movimento feminista contribuiu efetivamente para a consolidação do movimento homossexual, como também para reduzir o preconceito contra este movimento, pois além de reivindicarem o direito ao prazer sexual como forma de bem-estar psíquico e como uma forma de estar no mundo e da sexualidade enquanto um direito humano, lutavam para a incorporação das chamadas minorias, nas agendas de debates. Era uma reorganização social que fomentava novas formas de conjugalidade e modelos de família, confrontando com os dogmas religiosos que pregavam o relacionamento sexual somente voltado para a procriação. Esta conjuntura favorecia a emergência do movimento homossexual e o aumento de sua visibilidade junto à sociedade.

As demandas emergentes neste contexto histórico tiveram seu ápice no movimento de maio de 1968, na França, e tinham por objetivo a libertação sexual, a autoexpressão, o questionamento de autoridades e também estavam atreladas aos direitos políticos e, posteriormente sociais e culturais, sem perder o foco das questões estruturais socioeconômicas - essenciais a emergência e consolidação da cidadania. Contudo, a cultura, entendida como valores, ideologias e representações, passa a ter um papel central nas concepções de movimentos como o estudantil, o feminista, o antirracista, o ambientalista, o de liberação homossexual e o anticapitalista. Assim, estes movimentos sociais, marcam a entrada da cultura e da identidade do sujeito no campo político na agenda societária.

Nesse contexto, em meio ao clima de intensa politização, um grupo de travestis, gays e lésbicas confronta a repressão policial no boêmio bairro de Greenwich Village, em Nova York, em 28 de junho de 1969 – data que se consagrou como símbolo de luta e resistência, chamada Gay, na época, mas atualmente, mais inclusiva - LGBTIs. Stonewall é reconhecido como o evento catalizador dos modernos movimentos em defesa dos direitos civis para este segmento social. O acontecimento foi um marco por ter sido a primeira vez que um grande número de LGBTIs se uniu para resistir aos maus tratos da polícia e é hoje considerado como o evento que deu origem aos movimentos de celebração do Orgulho Gay. Era um início de um movimento das minorias

que, a partir da década de 1970, começa a se fortalecer e tomar formas, a fim de lutar pela dignidade e pelo respeito às diferenças.

No entanto, somente em meados da década de 1970 e no começo da década de 1980, com a fundação do Jornal Lâmpião de Esquina (RJ) e do Grupo SOMOS (SP), juntamente com a abertura política que o Brasil já vivenciava com o enfraquecimento da ditadura, que o Movimento LGBTI começa a tomar uma forma definida e a se organizar politicamente. A questão da homossexualidade somente começou a ser discutida no âmbito federal de políticas públicas na época do “boom” do HIV/Aids na década de 1980. Foi a partir daí, que o governo enxergou os homossexuais como cidadãos que necessitavam de políticas específicas para o controle da epidemia que se alastrava cada vez mais. É necessário sublinhar que a quebra da indiferença só se constituiu a partir do escândalo midiático e do temor da classe média, de maioria branca e heterossexual, de ser infectada pelo vírus.

Assim, década de 1980 considerada como uma época de “declínio” do movimento homossexual em virtude da diminuição dos grupos organizados, Facchini, 2005, argumenta que se trata da constituição de uma nova geração de militantes contextualizados no novo período social e político do país. Para Simões e Facchini, no início dos anos 1990, é possível identificar a crescente aproximação dos grupos e associações ao modelo das organizações não-governamentais, com a criação de estruturas formais de organização interna e elaboração de projetos em busca de financiamentos, bem como uma preocupação em estabelecer relações com atores sociais diversos, como a mídia, parlamentares, técnicos de agências governamentais e associações internacionais. E, posteriormente, a marca é a diversificação de formatos institucionais e propostas de atuação, pela ampliação da articulação em redes de grupos LGBTI e a presença de novos atores.

Tal contextualização dos movimentos homossexuais são compreendidos através da conceituação dada Gohn (1997) sobre movimentos sociais que esclarece que não existe um único conceito sobre Movimentos Sociais e sim vários, de acordo com o paradigma<sup>3</sup>. Quanto as teorias, ela ressalta que existem várias, cada qual com seu entendimento próprio sobre o que eles são, bem como a que tipo de manifestação se referem; sendo tratados ora como fenômenos empíricos e ora como objetos analíticos e teóricos. Contudo, a pesquisadora assume o risco de equívocos ao formular, como ela própria afirma, uma longa e densa conceituação sobre Movimentos Sociais:

[...] são ações sociopolíticas construídas por atores sociais coletivos pertencentes a diferentes classes e camadas sociais, articuladas em certos cenários da conjuntura socioeconômica e política de um país, criando um campo de força social na sociedade civil. As ações se es-

---

3 “Para nós um paradigma é um conjunto explicativo em que encontramos teorias, conceitos e categorias, de forma que podemos dizer que o paradigma X constrói uma interpretação Y sobre determinado fenômeno ou processo da realidade social. Esta explicação deve diferir da de outros paradigmas” (GOHN, 1997, p. 13)

truturam a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em conflitos, litígios e disputas vivenciados pelo grupo na sociedade. As ações desenvolvem um processo social e político-cultural que cria uma identidade coletiva para o movimento, a partir dos interesses em comum. Esta identidade é amalgamada pela força do princípio da solidariedade e construída a partir da base referencial de valores culturais e políticos compartilhados pelo grupo, em espaços coletivos não-institucionalizados. Os movimentos geram uma série de inovações nas esferas pública (estatal e não-estatal) e privada; participam direta ou indiretamente da luta política de um país, e contribuem para o desenvolvimento e a transformação da sociedade civil e política. Estas contribuições são observadas quando se realizam análises de períodos de média ou longa duração histórica, nos quais se observam os ciclos de protestos delineados. Os movimentos participam, portanto, da mudança social histórica de um país e o caráter das transformações geradas poderá ser tanto progressista como conservador ou reacionário, dependendo das forças sociopolíticas a que estão articulados, em suas densas redes; e dos projetos políticos que constroem com suas ações. Eles têm como base de suporte entidades e organizações da sociedade civil e política, com agendas de atuação construídas ao redor de demandas socioeconômicas ou político-culturais que abrangem as problemáticas conflituosas da sociedade onde atuam (GOHN, Maria da Glória, 1997, p. 251)

Para autora, os Novos Movimentos Sociais questionam a realidade estrutural; possuindo uma identidade, podendo até fazer reivindicações a partir das questões do dia-a-dia, num nível subjetivo; podendo surgir a partir de reflexões da própria existência do movimento. Sobre esses “Novos” Movimentos Sociais, a autora destaca que eles não visam romper com o modo de produção vigente, nem tão pouco com a luta de classes e, sim, uma organização coletiva que questiona a ordem estabelecida. Assim deslocaria o foco das contradições entre as diferentes classes sociais para explicações mais conjunturais localizadas em âmbito político e dos microprocessos de vivências identitárias. O foco de investigação da teoria dos novos movimentos sociais inclui, portanto, os significados culturais, a subjetividade e a autonomia dos atores, sem abandonar a visão materialista das condições que impulsionam esses movimentos, como a passagem para uma sociedade pós-industrial.

Gohn (1997) destaca ainda que a partir dos anos de 1990 as ações coletivas na sociedade brasileira buscam o respeito à liberdade dos indivíduos se diferenciarem e fazerem suas próprias opções, tanto em reivindicações referentes ao direito à vida como “os direitos sociais modernos, relativos às questões de gênero, sexo, raça, etnia.” (p.207). Portanto, fala da consciência política individual e coletiva.

Gramsci (1978) destaca que as condições de subalternização intelectual das classes trabalhadoras, as quais sempre estiveram submetidas, são o elemento fundamental para a emancipação destas, sendo necessário repensar um novo projeto cultural que propicie o desenvolvimento de uma vivência demo-

crática. Neste sentido, a consciência política não é só o meio de proteção e sim da superação da injustiça, além de ser instrumento político que assegura a soberania popular. Sem a conscientização política não há soberania e nem se pode construir um projeto político socialmente justo. A política e a educação encontram-se intimamente ligadas, e a esfera cultural está ligada também à política educativa. É, então, através da cultura que a consciência política coletiva é despertada nas Paradas LGBT.

As manifestações que sucederam o Stonewall, trouxeram consigo um caráter tanto político quanto lúdico, carnavalesco, irreverente e, principalmente, transgressor. No Brasil dos anos 1970, do século XX, Ney Matogrosso e as Dzi Croquettes, segundo João Silvério Trevisan, “trouxeram para o Brasil o que de mais contemporâneo e questionador havia no momento homossexual internacional, sobretudo americano”. Essa estética é característica quase que obrigatória, hoje em dia, nos milhares de Paradas LGBT no mundo, e, principalmente, no Brasil.

Em 28 de junho de 1970, as primeiras marchas do orgulho gay aconteceram em Nova York, Los Angeles, São Francisco e Chicago, em comemoração ao aniversário de Stonewall. No Brasil, a 1ª Parada do Orgulho LGBT foi a de São Paulo, em 28 de junho de 1997, sob o tema “Somos muitos, estamos em todas as profissões”, contando com 2 mil participantes. Atualmente, representa a maior manifestação do gênero no mundo, com um público de aproximadamente 3,5 milhões de pessoas em sua penúltima edição, um recorde que bate o da cidade de São Francisco, até então considerada capital gay do mundo com aproximadamente um milhão de participantes em suas paradas.

## **A Parada LGBTI em Niterói**

No Fórum da Diversidade realizado em julho de 2019, na sede do Grupo de Diversidade de Niterói, em Niterói, RJ, Bruna Benevides, secretária de articulação política da Associação Nacional de travestis e transexuais (AN-TRA), secretária de comunicação da Associação Brasileira LGBTI (ABGLT), membro da rede nacional de operadores de Segurança Pública LGBTI (RE-NOSP-LGBTI), coordenadora do PreparaNem Niterói, vice-presidente do grupo diversidade Niterói (GDN) e membro fundadora do Fórum de travestis e transexuais do Estado do Rio de Janeiro (FORUMTTRJ). Disse que “a Parada LGBTI de Niterói é hoje o único movimento social organizado em Niterói majoritariamente popular, negro e periférico”.

Niterói é um município da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, no estado do Rio de Janeiro, Brasil, com cerca de 500 mil habitantes. A primeira Parada LGBTI de Niterói ocorreu em 2005, com 30 mil pessoas, chegando a sua 14ª edição em 2018. Organizada desde sua primeira edição pelo Grupo Diversidade de Niterói (GDN), hoje ONG, em conjunto com a prefeitura municipal e outras entidades representativas municipal. Atualmente conta com diversas entidades participantes como o GTN, o Grupo Sete Cores, o

Conselho Municipal de Direitos LGBT, entre outros. A Parada LGBT hoje reúne diversos setores da sociedade, movimentos sociais, diversas entidades participantes como o GTN, o Grupo Sete Cores, o Conselho Municipal de Direitos LGBT, entre outros. Esta ação contribui para movimentar o turismo, e diversos outros setores, através do *pink Money* – lucro oriundo das paradas LGBT. Independentemente de todos estarem naquele momento conscientes do desempenho de um papel político, a multidão se faz presente; e a difusão e transmissão daquelas imagens vinculadas ao seu propósito original – por mais direitos de cidadania – é a espinha dorsal de toda a estratégia política LGBT. É a partir da visibilidade alcançada que o Movimento constrói o trampolim para se lançar e furar as barreiras da agenda política nacional.

A Parada LGBTI de Niterói completa em 2019, 15 anos. São quinze anos de uma manifestação política organizada pelo movimento social LGBTI da cidade de Niterói. Em seu primeiro ano, a parada ocorreu através de um edital do Ministério da Cultura, em um programa que abordava projetos relacionados a educação sobre a AIDS. Durante alguns anos, os organizadores concorreram a esse edital e permitiram, assim, a sua realização. Com o passar dos anos, a parada foi tomando outra proporção e, principalmente, ganhando autonomia e parceiros.

Hoje, a parada é orgânica e se caracteriza, no estado do Rio de Janeiro, por não ser protocolada como evento municipal ou fazer parte da agenda de eventos da cidade. A Parada LGBTI de Niterói é uma manifestação pública de protesto, garantido pela Constituição, por isso, nenhum governo – democrático ou não, independentemente de qualquer alinhamento ideológico – pode impedir a realização, e ao mesmo tempo, é obrigado a garantir estrutura para que ocorra (banheiro químico, segurança, logística de trânsito...)

A Parada hoje é construída, principalmente, pelo Grupo de Diversidade de Niterói (GDN) com apoio de diversos coletivos, instituições e grupos como o grupo Lamparinas, &Cores, Casinha, Pela Vida, Grupo Transdiversidade Niterói (GTN), Foca Nelas, União da Juventude Socialista (UJS), DCE UFF, Mulheres Negras Unidas (MNU), Diversitas UFF, Centro de Referência São Gonçalo, Marcha Mundial das Mulheres, Enegresce, Fórum de Mulheres Negras de Niterói, Ambulatório Trans e Conselho Municipal LGBT de Niterói.

Todos os pontos da organização são debatidos e decididos de forma orgânica. O tema e questões de logística, são discutidos no Fórum da Diversidade, e depois são feitas reuniões semanais ou quinzenais para a divisão de tarefas, entrega de ofício, coordenação de voluntários. Todos os que trabalharam na Parada LGBTI trabalham sem remuneração, de forma voluntária.

Este encontro de instituições, grupos e voluntários contribui para movimentar o turismo, e diversos outros setores da cidade, e gera renda, através do chamado *pink Money* – lucro oriundo das paradas LGBTI. Comumente, há uma comparação da Parada LGBTI com o carnaval, com o intuito de diminuir a importância ou a capacidade política do ato. Purpurina, transgressão e

resistência, o carnaval sempre foi um ato político. Na Primeira República, a população negra utilizou o Carnaval para afirmar sua autonomia. Hoje, é um grande espaço de crítica política e social. No Carnaval, o humor e o sarcasmo funcionam como arma de transgressão política. A brincadeira é uma forma de manifestação. “A rua é um espaço de disputa e a forma que você se coloca nela é uma forma de fazer política”, diz Camila De’Carli, instrumentista do Cordão do Boi Tolo, bloco que desfila sem autorização, sem trajeto definido e sem músicos fixos, adotando essa postura independente como posicionamento político.

A festa é vista como uma válvula de escape, um espaço de alienação ao cotidiano. No entanto, pelo perfil democrático da rua, a grande circulação cultural e o encontro de diferentes pessoas, existe a construção de um discurso que ultrapassa os dias de folia. “As pessoas entendem o carnaval como uma performance pública que atinge muita gente ao mesmo tempo. É um caminho de comunicação muito eficaz. Uma linguagem mais eficiente que muito texto formal, que não é só de harmonia e expõe conflitos”, explica Eric Brasil, autor do livro “A corte em festa: experiências negras em carnavais do Rio de Janeiro”. Dentro deste contexto, é possível encontrar blocos que apresentam temáticas do universo LGBT, debatem o sexismo e expõem as lutas periféricas. “O Carnaval acaba se tornando um espaço contra diferentes tipos de opressão. Ele possui a qualidade de levante popular sem violência”, explica a coordenadora de instrumento de sopros do bloco feminista Mulheres Rodadas, Flávia Soares.

Ou seja, tanto o carnaval quando a Parada LGBTI são formas de ocupação das ruas, palcos de disputa, espaços de reivindicação e de resistência. A Parada LGBTI de Niterói ocorre na Praia de Icaraí, zona sul da cidade, e ocupar as ruas da elite com a população que, no dia a dia, é marginalizada, escondida, invisibilizada e compulsoriamente empurrada a prostituição é ser resistência. É poder amar, andar de mãos dadas, dar pinta, dar close, lacrar, sem medo – por um dia, por algumas horas – da censura, da agressão, da repressão social.

Independentemente de todos estarem naquele momento conscientes do desempenho de um papel político, a multidão se faz presente; e a difusão e transmissão daquelas imagens vinculadas ao seu propósito original – lutar pela garantia de direitos e exercício pleno da cidadania – é a espinha dorsal de toda a estratégia política LGBTI. É a partir da visibilidade alcançada que o Movimento constrói o trampolim para se lançar e furar as barreiras da agenda política nacional.

## **Considerações finais**

Ao analisarmos sinteticamente as Paradas LGBTs como uma importante atividade política, afirmamos que ela “é sempre um modo de manifestação, que desfaz as divisões sensíveis da ordem policial, ao atualizar uma pressupo-

sição que lhe é heterogênea por princípio” (p. 69)<sup>4</sup>.

Os Movimentos sociais como movimento da memória, ou melhor, da reconstrução da memória política e coletiva das minorias é a chave para que tais ruídos se tornem espaços políticos e que os desejos de igualdade, equidade e reciprocidade se tornem materiais e transformem a sociedade.

É na participação enquanto sociedade civil, é dentro do movimento social conhecendo parceiro de lutas e conhecendo outras histórias e vivências, é nas relações sociais que vamos nos construir como sujeitos. É ali também que vamos encontrar nossas “famílias de escolhas”, nossas redes de apoio e nossa força pra continuar sendo resistência, principalmente na atual conjuntura política.

É nosso dever continuar sendo resistência, nos dando as mãos e ocupando as ruas para garantir que esses direitos permaneçam, e que possamos exercer plenamente nossa cidadania, independentemente do L, do G, B, do T, do I.

A Parada LGBTI, seja de Niterói, São Paulo ou Nova Iorque é um espaço de disputa política, de “colocar a cara no sol” para clamar por visibilidade, de se montar de drag queen e ser respeitada, de amar livremente e sem medo. É um local onde afirmamos a nossa existência, nossa resistência e nossa luta por políticas públicas que atendam as demandas da população LGBTI. É dali, com a presença dos movimentos sociais, da população LGBTI, de parlamentares e de toda uma mídia voltada para aquele “espetáculo”, que é feita a verdadeira e pura política e consolidação do sujeito de direito.

Pelo direito de amar quem eu quiser.

## Referências

BOURDIEU, Pierre. **Dominação masculina**. Oeiras: Celtas, 1999.

CELLARD, André. A análise documental. In: **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. POUPART, Jean (et. ali.) Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

COTTA, Diego Souza. **Estratégias de Visibilidade do Movimento LGB: Campanhas Não Homofobia! – um Estudo de Caso**. UFRJ, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Rio de Janeiro, 2009

ESPINDOLA, Catarina Bonoto. **Movimentos Sociais em Movimento: o ativismo LGBT das margens à rede**. UFSM - Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. 2017

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACCHINI, Regina. **Sopa de letrinhas?: Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 1990**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

---

4 SILVA, Alessandro Soares da. *Luta, Resistência e Cidadania: uma análise psicopolítica dos movimentos e paradas de orgulho LGBT*. Ed. Juruá. Curitiba, 2009

- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1993. V1.
- GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. Universidade Estadual de Campinas. **Revista Brasileira de Educação** v. 16 n. 47 maio-ago. 2011;
- GOHN, Maria da Glória. **Movimentos Sociais no início do século XXI**: antigos e novos atores sociais. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos Movimentos Sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 1997;
- GRAMSCI, Antônio. **Concepção Dialética da história**. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- JAFFRE, Soizick. **The Stonewall à la Gay Pride. Prochoix, la revue du droit du choisir**, 21. P46-75.1981.
- JESUS, Jaqueline Gomes. **O protesto na festa**: política e carnavalização nas Paradas LGBT. Tese de Doutorado – Programa de Pós Graduação em Psicologia Social: Trabalho das Organizações. Instituto de Psicologia. UNB. Brasília, 2010
- KELMER, Andrea. **Movimentos sociais urbanos: um estudo sobre a relevância do movimento gay de Minas**. Anais do V Simpósio Internacional Lutas Sociais na América Latina “Revoluções nas Américas: passado, presente e futuro”. 2013
- KELMER, Andrea. **A Organização Homossexual em Juiz De Fora**: estudo sobre a trajetória do concurso Miss Brasil Gay em Juiz de Fora desde 1977 até a formação do MGM em 200. Tese Doutorado – UFF – Escola de Serviço Social. 2016.
- MANZINI, E. J. **A entrevista na pesquisa social**. Didática, São Paulo, v. 26/27, p. 149-158, 1990/1991.
- MINAYO, M. C. S. **O desafio do conhecimento**: Pesquisa qualitativa em saúde. São Paulo: Hucitec/ ABRASCO, 1993.
- PEREIRA, Potyara A.P. **Discussões conceituais sobre política pública como política pública e direito de cidadania**. I. BOSCHETTI, Ivonete. et al. (org) ed. São Paulo:Cortez, 2009. Pg. 87-89.
- SILVA, Alessandro Soares da. **Marchando pelo arco-íris da política**. 2006. 636 f. Tese (Doutorado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.
- SILVA, Alessandro Soares. **Luta Resistência e Cidadania**: Uma análise psicopolítica dos Movimentos e Paradas LGBT. Ed. Juruá. Curitiba, 2009.
- SILVA, Alessandro Soares. **Memória, Consciência e Políticas Públicas**: as Paradas do Orgulho LGBT e a construção de políticas públicas inclusivas. Revista Electrónica de Psicología Política Año 9 N° 27 – Noviembre/Diciembre de 2011;
- SILVA, Alessandro Soares. **Por um lugar ao sol**: construindo a memória política da homossexualidade. UFRN, 2013;
- SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris**: do movimento



homossexual ao LGBT. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2009.

TOLEDO, Herculis Pereira. **Lutas Sociais e Cidadania:** reflexões sobre os movimentos sociais como elementos de resistência e posicionamento político da sociedade brasileira. XI Seminário de Pesquisa em Ciências Humanas - SEPECH. Londrina, 2016;

TOURAINÉ, Alain. **Crítica da Modernidade.** Resenha do livro *Crítica da modernidade*. Petrópolis, Vozes, 1994, 431 pp.)

TRINDADE, Ronaldo. **O mito da multidão: uma breve história da Parada GAY de São Paulo.** Universidade Nove de Julho. Revista Gênero. 2011,

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais:** a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

VERGARA, S. C. **Métodos de coleta de dados no campo.** São Paulo: Atlas, 2009.

# O CONTROLE DO DESEJO PELA IDEOLOGIA ESTATAL: A REPRODUÇÃO ACRÍTICA DE PADRÕES ACERCA DA SEXUALIDADE EM CONTEXTO CULTURAL

**Thiago Serrano Pinheiro de Souza**

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ. Professor de graduação e pós-graduação em Direito Civil e de Prática Jurídica da Universidade Estácio de Sá no Curso Presencial e no Ensino à Distância. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola de Magistratura da Justiça do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro. Advogado e consultor jurídico especialista em Direito Civil (com ênfase no Direito das Famílias), Direito do Trabalho e Direito Processual. Examinador da Fundação Getúlio Vargas para o Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro da Comissão da Diversidade Sexual e de Gênero da OAB - Rio de Janeiro

**Aline Pomodoro**

Mestranda pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduada em Direito Público. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos e Transformação Social. Advogada especialista em Direito Civil

## **Resumo:**

O presente artigo tem como objetivo analisar o papel das instituições de sequestro do Estado, que visam manter o controle dos indivíduos, a partir do pensamento de Foucault, que analisa a apropriação estatal do exercício de poder acerca da sexualidade, normatizando e controlando seus cidadãos em uma sociedade panóptica. Nesse sentido, será possível perceber que a questão da sexualidade humana passa por um viés de controle ideológico para que se mantenha um *status quo* social, que atente para o fim econômico do Estado: produção e comercialização de produtos e ideias. Problematicar toda reprodução acrítica de padrões de sexualidade perpassa pela necessidade de se descortinar o contexto cultural, bem como o fim a que se propõe o Estado.

**Palavras-chave:** Sexualidade; Controle Estatal; Poder; Normatividade.

## Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar o papel das instituições de sequestro do Estado, que visam manter o controle dos indivíduos através da captura do tempo, dos corpos (controle da moralidade), do poder econômico, jurídico e epistemológico (controle do saber técnico).

Nesse sentido, o pensamento de Foucault será analisado, sob a perspectiva da apropriação estatal do discurso de poder acerca do exercício da sexualidade e a sua importância para a normatividade e controle dos seus cidadãos em uma sociedade panóptica. Sob essa ótica, uma sociedade advinda da Revolução Industrial, voltada para o consumo, deve manter seus indivíduos soterrados por imagens e objetivos que os desviem do real questionamento que é a importância de se fomentar a diversidade e individualidade para que o ser humano seja o fim a que se destina o Estado, e não, um meio para que o Estado se realize.

Com base nessas observações, será discutido o que é considerado diálogo sobre sexualidade, educação, nacionalismo e religiosidade na sociedade moderna. Pela narrativa de prisão invisível, que é a sociedade panóptica, as discussões já se iniciam viciadas, baseando-se em premissas inquestionáveis que geram comunicações sistematicamente distorcidas.

Desta forma, é preciso questionar o nível de profundidade de conhecimento e liberdade que são dados aos interlocutores para que se chegue a um debate igualitário sem manipulações. Uma vez analisados todos esses pontos, é possível perceber que a questão da sexualidade humana passa por um viés de controle ideológico para que se mantenha um *status quo* social, que atente para o fim econômico do Estado: produção e comercialização de produtos e ideias, inclusive de pessoas, de acordo com Fromm.

Não resta dúvidas, de que uma sociedade que valoriza o embate de forças (saber poder de Foucault) é uma sociedade que valoriza o conhecimento e não, o produto. Assim sendo, fomentar a diversidade sexual seria uma forma de perder o controle da produção de pensamento. Problematizar toda reprodução acrítica de padrões de sexualidade perpassa pela necessidade de se descortinar todo contexto cultural e todo o fim a que se propõe o Estado.

Quanto à metodologia, o trabalho será baseado na filosofia, além dos diplomas normativos pátrios, adotando-se o método de pesquisa crítico-dialético.

## A construção acrítica do controle estatal sobre a existência humana

A sociedade, como local de expressão humana, tem papel central na vida de cada indivíduo.

Desde os primórdios da civilização, estar no controle dos eventos da vida tem sido um esforço coletivo e individual que mostra como a imprevisibilidade, diversidade e desconhecidos são conceitos rejeitados com todas as forças.

Saber responder questões existenciais, como, por exemplo, a origem da vida e os destinos existenciais foram maneiras de mostrar conhecimento sobre a vida e seus mistérios, nem que a resposta fosse relegada a entidades divinas e suas razões misteriosas. Estar no controle, desta maneira, sempre foi um objetivo passado como ensinamento ao longo dos séculos. Simplesmente o caos em si não fazia parte da possibilidade do real. Tudo deveria ter um porquê ou um para quê.

Nessa busca incessante para padrões que pudessem nos ajudar a prever a vida, sua forma e burlar a morte, o ser humano foi se apegando a ideia de que a vida poderia ser previsível, que tudo se repete e que o que foi vivido por ancestrais era a lição deixada para que pudéssemos trilhar melhores caminhos.

Essa ideia não é de todo equivocada, mas o excesso de apego à ideia do acerto foi fazendo com que o ser humano se tornasse um indivíduo acovardado perante a vida. O medo de perder tempo e pessoas, de sofrer e de morrer, o tornou um ser extremamente dependente de um conhecimento limitante e limitado sobre a vida.

O experimentar, o explorar, o sentir, o ser afetado e afetar viraram questões extremamente complexas que precisavam ser escrutinadas ao máximo. Tudo deveria ser conhecido de forma exaustiva de forma a gerar uma segurança pessoal de como a vida seria vivida em sua plenitude.

O conhecimento, que deveria ser utilizado como aliado, se tornou uma maneira de limitar a existência com seus certos e errados. E, não demorou muito para que as organizações estatais entendessem a força que esses pensamentos limitados e limitantes sobre a existência humana poderiam ter uma força coercitiva interna que seria muito mais eficiência do que uma força coercitiva externa. A obediência voluntária passou a ser um objetivo estatal perseguido incessantemente ao longo das gerações.

Dizer como a vida deve ser vivida se tornou um instrumento de ouro nas mãos daqueles que tinham sua autoridade sob o manto da legalidade. Com isso, as organizações estatais que teriam como objetivo de existência expressar as mais diversas formas de vida, através de um pacto político de coexistência e tolerância, passaram a usar o seu poder para capturar as mais diversas formas existenciais, as quais ele chamou de instituições de sequestro.

Essas instituições de sequestro não expressavam a busca individual pela existência única, mas sim, um controle da total existência humana como forma de conseguir alcançar uma metodologia de formação econômica-social.

Utilizar a ideia de que há instituições que possuem o conhecimento necessário para poder oferecer as respostas individuais para o existir humano, evitando, assim, o sofrimento e a perda, foi o discurso eficaz para que a rede institucional de sequestro fosse construída em bases sólidas. Tal rede passou a controlar o tempo dos indivíduos, seus corpos, e criou, por fim, um novo poder: econômico, político, judiciário e epistemológico.

O poder econômico seria o salário, ou seja, uma forma de ditar como a força de trabalho individual seria avaliada e reconhecida em sociedade. Não

haveria mais o trabalho como forma de expressão humana única, mas sim, valoração padrão para tornar todos iguais na maneira de ver e viver a vida, controlando-a.

O poder político seria o de delegar para essas instituições o direito de dar ordem. O cidadão deixaria de pensar sobre as questões existenciais e apenas passaria a cumprir determinações estatais, sob o argumento de que essas instituições possuem um conhecimento maior e mais profundo sobre ele mesmo.

O poder judiciário se encarregaria em dar o direito dessa rede punir e recompensar a todos que fazem parte da sociedade de acordo com regras feitas por essas organizações estatais. Nesse contexto, o indivíduo apenas se preocuparia em conhecer as regras do jogo e garantir que suas condutas estejam de acordo com elas.

Por fim, o poder epistemológico seria o controle sob o saber técnico.

O saber nasce da observação feita pelos indivíduos, pela sua classificação e análise. Em uma sociedade, onde o indivíduo é bombardeado com ideias, com a necessidade de cumprir expectativas apresentadas desde o seu nascimento, e também com imagens de como a sua existência seria vivida plenamente, não há espaço para que esse cidadão possa refletir sobre o que seria verdade ou não, tornando-o passivo diante de tantas informações que são constantemente apresentadas por essa rede como verdades eloquentes que não comportam discussões críticas.

Tudo é apresentado como pensado, discutido e analisado, o que não permite que o indivíduo tenha acesso ao conhecimento técnico, que seria a ferramenta necessária para uma postura crítica ativa.

Como Debord afirma em seu livro “A sociedade do espetáculo”: “É o momento histórico que nos contém”<sup>1</sup>. Com essa assertiva, o autor nos alerta para a inversão de parâmetros perante a construção da existência humana na sociedade, ou seja, ele nos alerta para a passividade individual nessa narrativa. O ser humano deveria conter a história, e não, ser contido. Ele deveria estar criando narrativas e não, delegando a terceiros, sob nenhum argumento.

A construção da ideia de que somente o conhecimento exaustivo liberta levou o indivíduo a perder a única parte da sua vida que possui controle: o seu poder de decidir e experimentar.

O cidadão foi levado da ideia de que tem que ter conhecimento de tudo para a ideia de que seria prudente deixar quem supostamente teria esse conhecimento tomar controle sobre suas decisões. De um extremo utópico a outro, o indivíduo abriu mão de ser dono de sua existência e de seu poder de argumento.

A história humana, assim, passou a ter a narrativa feita pelas organizações estatais que, alegando conhecimento adquirido por gerações ou entidades divinas, usaram todos os campos da existência humana como potenciais

---

1 DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Edições Antipáticas, 2005, p. 11.

maneiras de alcançar seus objetivos econômicos, uma vez que essas pessoas dariam a sua existência em troca da segurança e certeza de ideias que sequer seriam questionadas.

Tornar a existência humana em fonte econômica exigiria uma obediência voluntária que só poderia ser conseguida através de uma prisão invisível através de uma sociedade panóptica, segundo Foucault, que seria erguida sob três aspectos: vigilância, controle e correção.

O Panopticon era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto para o interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas pequenas celas, havia segundo o objetivo da instituição, uma criança aprendendo a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se corrigindo, um louco atualizando sua loucura, etc. Na torre central havia um vigilante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; não havia nela nenhum ponto de sombra e, por conseguinte, tudo o que fazia o indivíduo estava exposto ao olhar do vigilante que observava através de venezianas, de postigos semi-cerrados de modo a poder ver tudo sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo. Para Betham esta pequena e maravilhosa astúcia arquitetônica podia ser utilizada por uma série de instituições. O Panopticon é a utopia de uma sociedade que atualmente conhecemos – utopia que efetivamente se realizou. Este tipo de poder pode perfeitamente receber o nome de panoptismo. Vivemos em uma sociedade onde reina o panoptismo.<sup>2</sup>

Desta forma, sob o olhar constante desse vigilante (que seria o Estado), o indivíduo teria sua existência reduzida a cumprimento ou não de normas que ditariam o que seria normal ou não, aceitável ou não.

Sob o manto de controle incessante surgiria a ideia do senso comum que tem sua base no conceito do indiscutível e inacessível. O ser humano, como indivíduo, não poderia ter acesso ao conhecimento existencial que somente teria sido descoberto pela coletividade ancestral. Não caberia a ele trazer questionamentos sobre conceitos sedimentados ao longo dos séculos. Essas seriam verdades absolutas que demandam passividade dos indivíduos.

Como bem observa Habermas:

Quando esse discurso hegemônico opera, as partes envolvidas na deliberação podem concordar sobre as premissas, aceitar uma teoria sobre sua situação e apresentar as razões para propostas que os outros aceitam, mas, mesmo assim, as premissas e as condições dessa visão mascaram a reprodução do poder e da injustiça.<sup>3</sup>

2 FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2002, p. 87.

3 HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge (MA): MIT Press, 1996.

Não haveria espaço para reflexão ou análise criteriosa dos argumentos apresentados. Ao indivíduo restaria apenas a leitura rasa e superficial da sua existência. A passividade residiria na *não crítica* a essa dinâmica de discurso hegemônico e na falta de busca por aprofundamento e conhecimento das reais bases argumentativas apresentadas.

Esse discurso hegemônico é apresentado de forma direta e impositiva, como poder de persuasão e de formação de opinião, criando comportamentos uniformes que não permitem a presença do questionamento. E mesmo quando alguém ousa começar a questionar, poucos se aprofundam no tema, satisfazendo-se apenas em tocar na superfície da questão, o que não gera conhecimento.

Essa superficialidade encontra base no modelo implementado pela Revolução Industrial. A linha de produção industrial trazida com essa revolução não se limitou ao espaço de produtos industrializados a serem comercializados, mas avançou para outras áreas existenciais do homem, como, por exemplo, a forma de pensar e do que consumir. De acordo com Fromm:

(...) Na satisfação de consumir mercadorias, imagens, comidas, bebidas, cigarros, gente, conferências, livros, filmes – tudo é consumido, engolido. O mundo, grande objeto para nosso apetite, uma grande maçã, uma grande garrafa, um grande peito em que mamamos, em eterna espera, sempre esperançosos – e eternamente desapontados<sup>4</sup>.

Em uma sociedade que prioriza o número crescente de produção, características humanas como a observação, a reflexão e a experimentação são substituídas pela pressa, pela uniformidade de produção e pela minimização de erros. O lucro não permite que se perca tempo em reflexões. Tempo sem produção em massa é sinônimo de perda. Refletir é inimigo da urgência. E onde não há reflexão, resta apenas o mecanicismo que retira a humanidade única que reside em cada um.

E nesse mecanicismo, o que se produz é a objetivação infiel dos produtores, ou seja, os objetos produzidos na sociedade, seja na área intelectual ou de manufaturados, não refletem o ser humano em sua essência, mas apenas aquilo que o Estado quer que o ser humano acredite ser ele mesmo. Sendo assim, esses objetos infiéis servem para moldar o ser humano, e não, representá-lo.

Com esse círculo vicioso que se retroalimenta, o ser humano acaba por viver uma vida baseada em normatividades que não o representam, tenta fazer com que isso dê sentido na sua narrativa existencial, e produz pensamentos e objetos que o moldam a todo tempo, capturando a sua essência humana e transformando-a em modelos padrões desejáveis para o sistema estatal.

Assim, a autodeterminação (falsamente engendrada pelo Estado) é relegada a terceiros sob a promessa de se evitar aquilo que faz parte da vida: sen-

---

4 FROMM, Erich. *A arte de amar*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 107-108.

tir todos os afetos. Capturar os afetos e controlá-los é uma maneira de deixar de sentir todas as vicissitudes da vida.

## **Apropriação da sexualidade humana como forma de controle estatal**

Dentre os tipos de controle estatal encontra-se o controle da sexualidade humana. Como bem analisado por Foucault: (...) cumpre falar do sexo como de uma coisa que não se deve simplesmente condenar ou tolerar, mas gerir, inserir em sistemas de utilidade, regular para o bem de todos, fazer funcionar segundo um padrão ótimo<sup>5</sup>.

O desejo humano é uma das potências vitais do ser humano. Através dele, o indivíduo experimenta o mundo e é afetado, construindo suas interpretações sobre a vida, o que leva a construção de sua identidade, tornando-o único. Dentre as expressões de desejo, encontra-se a sexualidade humana que é uma das formas como o indivíduo se relaciona com outros indivíduos e constrói laços de identificação. Essa mola propulsora de conhecimento pessoal e de inter-relação com o outro é uma força criativa de grande força que não passou despercebido pelo Estado.

Controlar essa força criativa, canalizando-a para fins específicos, além de manter o ser humano fora de sua essência criativa, tornaria esse desejo uma potência econômica, uma vez que o ser humano teria uma visão extremamente pragmática do uso desse desejo em favor de um fim reprodutivo ou de licitude moral. O prazer pelo prazer seria visto como perda de energia e tempo, sendo moralmente repelida em uma sociedade em que se tem que estar produzindo algo o tempo todo.

Segundo Foucault:

Através da economia política da população forma-se toda uma teia de observações sobre o sexo. Surge a análise das condutas sexuais, de suas determinações e efeitos, nos limites entre o biológico e o econômico. Aparecem também as campanhas sistemáticas que, à margem dos meios tradicionais – exortações morais e religiosas, medidas fiscais –, tentam fazer do comportamento sexual dos casais uma conduta econômica e política deliberada. Os racismos dos séculos XIX e XX encontrarão nelas alguns de seus pontos de fixação.<sup>6</sup>

Construir sentidos comuns em torno da perversão sexual e da sexualidade invertida foram soluções encontradas pelas organizações estatais para controlar práticas que não atentassem para os fins desejados.

O desejo passaria do campo da realização existencial humana para o campo do escrutínio estatal e falar sobre a sexualidade humana não seria um

5 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade – a vontade de saber*. 7ª ed. Editora Paz e Terra, 2018, p. 27.

6 FOUCAULT, *op. cit.*, p. 29.



ato voluntário, mas sim, um ato de expurgo para que o Estado pudesse minuciosamente regulá-lo.

Os órgãos sexuais teriam funções determinadas e o seu uso não poderia divergir do esperado, sob pena de se estar no campo da perversão moralmente indesejada. Teses sobre a diversidade sexual colocaram o tema no campo da doença, do obscuro e à margem do aceitável. Usar os órgãos sexuais sem o propósito de reprodução seria comportamento de pessoas degeneradas. Esse ensinamento foi passado por séculos de forma religiosa e política.

Tratar a homossexualidade, bissexualidade, assexualidade como patologias fazia com que houvesse uma captura quase eficaz sobre os *desejos heterodiscordantes*, através da obediência voluntária. Logo, reprimir, punir e controlar os desejos passaram a ser pontos importantes na normativa estatal.

Contudo, determinar a heteronormatividade como comportamento aceitável não foi suficiente sem também a imposição do exercício dessa forma sexual. Não bastava determinar que o indivíduo deveria se relacionar apenas com o sexo oposto: ele teria que exercer essa sexualidade dentro do regime marital. Fora desse contexto, o sexo seria marginalizado e moralmente ou juridicamente condenável.

Regras como essas faziam com que o Estado pudesse retirar valor econômico de mais uma das faces da expressão humana, pois para que houvesse reconhecimento dos seus pares sobre a existência e relevância desse indivíduo, teria que haver um “selo estatal” conseguido através de documentos que tinham rito e custavam dinheiro. O existir social passou a ser atrelado à ideia de validação estatal. E para que isso ocorresse, apenas o que ele normatizasse poderia ser comprovado em documento pago pelo cidadão.

Limitar e normatizar o exercício da potência de existir, direcionando os impulsos humanos através de discussões hegemônicas e de conceitos formados através de premissas absolutas fez com que o Estado garantisse o domínio sobre a construção de identidade do cidadão e o colocasse em lugar de passividade constante. Cercar a autodeterminação através de ideias pragmáticas, simplificando a discussão sobre o existir e suas manifestações humanas, fez com que a sombra estatal sobre o indivíduo o paralisasse.

A diversidade não seria manifestação humana, mas sim, desnaturação da humanidade. O sexo, então, deveria ser falado exaustivamente para ser regulado de forma a permitir apenas o moralmente aceito.

Nesse sentido, Foucault:

(...) o sexo se tornou, de todo modo, algo que se deve dizer, e dizer exaustivamente, segundo dispositivos discursivos diversos, mas todos constrangedores, cada um à sua maneira. Confidência sutil ou interrogatório autoritário, o sexo, refinado ou rústico, deve ser dito.<sup>7</sup>

Esse excesso de normatividade apenas refletiria o novo modelo patri-

---

7 FOUCAULT, op. cit., p. 36.

monialista implementado pela Revolução Industrial para as relações pessoais. Nesse sentido, a inter-relação pessoal passou do campo da tolerância, debate e consenso para o campo da imposição obrigacional, que não refletia a complexidade das relações vividas. Se uma pessoa queria expressar uma individualidade seria preciso que esse comportamento fosse previsto ou, pelo menos, não proibido pelas normas estatais.

E se o indivíduo insistisse em tal comportamento normativamente proibido, o Estado imporá punições físicas, como a perda da liberdade ou até a morte (como ainda é em alguns países do oriente médio), junto com penas patrimoniais que constrangeriam o indivíduo e seria uma marca pública de sua inadequação social.

Para esse ser passivo, resta apenas a aceitação acrítica dos padrões apresentados e impostos ao longo de gerações que pregam a uniformização da existência humana, a ausência de experimentação e a intolerância pelo diverso, pois, afinal de contas, esse diverso que coloca em risco a pretensa harmonia social que Estado promete.

E nesse projeto de desestimular o indivíduo em relação a questionamentos profundos de construção de sua identidade, o Estado incentiva cada vez mais diálogos viciados que sempre levam aos mesmos resultados normativos e reafirmam o sistema vicioso em que tudo o que o ser humano deve fazer é produzir um produto ou ideia que possa ser comercializado ou aproveitado pelo Estado.

Tolerar e aceitar a diversidade sexual seria um entrave ao projeto acima, pois onde não há limite, não há previsibilidade e isso geraria uma insegurança para o sistema que se retroalimenta da repetição de ideias ao longo dos tempos.

Garantir que o indivíduo acredite que ele é apenas uma repetição de afetos já vividos por outros e que o que for fora dessa esfera é um atentado para a vida plena, faz com que as normas jurídicas sobre o comportamento sexual humano, assim como as demais regras sobre a existência humana, se tornem imutáveis. E essa imutabilidade, até os dias atuais, tem sido elogiada pelo Estado. A ideia de que todo Estado sólido, seguro e próspero é aquele que tem regras que pouco mudam, traz consigo a rigidez do pensamento e engessa o embate de forças (saber poder de Foucault) que gera o conhecimento.

A busca por uma pretensa estabilidade empobrece o debate, gerando o medo do que não foi previsto ou regulamentado. E assim a vida humana vai tentando se adaptar a essa economia de produtos, onde a sua vida é mais um produto controlado pelo sistema, que quer patrimonializar até seus instintos e desejos.

## Conclusão

O controle invisível do indivíduo pelo Estado acaba por dar a falsa sensação de que o sujeito exerce sua autonomia, mas o que vemos é cada vez

mais a produção em série de comportamentos repetidos e não refletidos que não expressam a identidade e o desejo daquele cidadão.

Nesse contexto, a autodeterminação é relegada a terceiros sob a promessa de se evitar aquilo que faz parte da vida: sentir todos os afetos. Capturar os afetos e controlá-los é uma maneira de deixar de sentir todas as vicissitudes da vida.

A cultura da felicidade eterna, misturada com a promessa de se ter um guia para alcançar essa utopia, acabou por criar indivíduos que temem sair da grande sombra que a árvore Estado faz sobre elas. Essa sombra, apesar de trazer a ideia de que poderá dar acolhimento e paz, não permite que ele sinta o calor do sol sobre si, o desconforto, a chuva e o autoconhecimento. Sem esses afetos, o indivíduo torna-se apenas cumpridor de ordens, sem assumir a construção real da sua identidade ou de sentir todos os afetos que a vida oferece. O medo de se aventurar o torna passivo, submisso e infeliz. Infeliz por conta de tudo o que ele abre mão. Abrir mão de pensar e construir sua identidade custa a sua existência plena, aquela mesma que ele não quer perder.

Contudo, tornar um indivíduo único requer parar de ser mero espectador da vida, saindo da passividade de quem assiste a um espetáculo para poder se tornar um agente em ação.

O controle da sexualidade humana, como analisado, constitui um dos tipos de controle estatal. Quem não exercesse a sexualidade de acordo com as normas determinadas teria sua aceitação social negada, sua existência desconsiderada e viveria à margem social, pois, pelo senso comum, trataria de um indivíduo de sexualidade invertida, degenerado (patologia não traumática ou infecciosa), ou seja, uma pessoa indesejável que deveria realinhar seus desejos para o normativamente aceitável se quisesse viver plenamente em sociedade.

Retirar o desejo do campo do inconsciente para o campo do consciente foi o instrumento usado pelo Estado para diminuir o experimentar humano e, conseqüentemente, a produção de pensamento crítico sobre a existência humana.

Em uma guerra de poder, o que menos se quer é a diversidade e a única discussão séria feita é no sentido da marginalização daqueles que não se adaptam aos padrões ditados, nem que seja pela classificação, segregação e até mesmo, em último caso, a sua extinção, através da morte.

Abraçar a diversidade não seria uma política de minoria, mas sim, uma política humana, pois seres humanos não são classes ou categorias. A visão classista e patrimonialista que rege a nossa sociedade apenas se presta para saber o quanto cada um poderia contribuir passivamente para que o sistema vicioso continue se alimentando da existência de cada ser humano. E nesse sistema panóptico, a captura é constante e ininterrupta através de discursos hegemônicos viciados, que abominam a diversidade.

## Referências

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Edições Antipáticas, 2005.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2002.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade – a vontade de saber –**. 7ª ed. Editora Paz e Terra, 2018.

FROMM, Erich. **A arte de amar**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge (MA): MIT Press.

# **BOKO HARAM E VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NA NIGÉRIA: UM CONFLITO RELIGIOSO AINDA SEM SOLUÇÃO**

**Andrea Kessler Gonçalves Volcov**

Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Constitucional e Direitos Humanos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior

## **Resumo:**

Este estudo se propõe a analisar a atuação do grupo islâmico Boko Haram na Nigéria, a fim de indagar quais e quão efetivos têm sido os meios de enfrentamento à violência por ele provocada. Parte das ideias de John Locke acerca da tolerância religiosa e da teoria do processo civilizador de Norbert Elias. Examina documentos internacionais que garantem a liberdade religiosa, bem como o atual contexto da Nigéria, outrora colônia inglesa, que hoje é uma república democrática. Analisa a história do Boko Haram e a natureza de suas ações, detalhando-as. Verificam-se quais são os enfrentamentos promovidos pelo governo nigeriano e pela comunidade internacional, e questiona sua efetividade, já que o grupo permanece em atividade, estimando-se aproximadamente 30.000 vítimas fatais desde 2009. Sugere-se que a garantia efetiva da liberdade religiosa e da coexistência de ideias plurais é o caminho necessário, o que passa por uma mudança de mentalidade social, influenciada por um processo civilizador.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Boko Haram; Liberdade Religiosa; Cristianismo; Processo Civilizador.

## **Introdução**

*“A educação/cultura ocidental é pecado”*. Essa seria a tradução para “Boko Haram”, expressão utilizada para se referir ao grupo muçulmano que atua com violência no Norte da Nigéria.

Situada na região ocidental da África, a Nigéria é o país mais populoso daquele continente. Sua história é marcada por instabilidades políticas. O território é habitado por centenas de etnias distintas, que foram obrigadas a

coexistir sob o colonialismo britânico (LIMA FILHO, 2013). Após a sua independência, em 1960, as diversas etnias foram polarizadas em dois grupos religiosos principais: os cristãos, reunidos na região sul, e os muçulmanos, habitantes da região norte (CIERCO, 2016). À independência seguiu-se uma sangrenta guerra civil, na qual alguns estados do nordeste nigeriano lutaram – em vão – por sua secessão. O período subsequente foi marcado por ditaduras militares. Apenas em 1980 a democracia fixou raízes no solo nigeriano (CIERCO, 2016).

Contudo, quase quatro décadas depois, a Nigéria ainda é caracterizada por problemas estruturais que impedem seu desenvolvimento: a fragilidade das instituições, corrupção, divergências étnicas e religiosas e ausência de serviços básicos têm levado a população à extrema pobreza e ao descontentamento geral contra o Estado (CIERCO, 2016).

Foi nesse contexto de desordem institucional que surgiu o Boko Haram, em 2002. Inicialmente se tratava de um grupo que buscava a islamização integral da Nigéria por meio da pregação do Alcorão (CIERCO, 2016). No entanto, após alguns embates em 2009, que culminaram na morte do líder do grupo, ressurgiu um novo Boko Haram, que passou a utilizar métodos violentos – explosões, execuções e sequestros – para atingir seu objetivo. A comunidade internacional passou a se preocupar ao surgir evidências de que o Boko Haram teria vínculos com grupos radicais de outras regiões da África, e suas ações começaram a repercutir nos países vizinhos (COOK, 2011).

Para alguns, os conflitos gerados pelo Boko Haram se resumem a questões religiosas; há quem afirme, contudo, que a política é a causa preliminar do problema, pois as diversas etnias entrariam em confronto sobre quem deve vencer as disputas eleitorais (WALKER, 2012).

De todo modo, é inegável que a violência perpetrada pelo grupo atinge especificamente os cristãos. Apesar da complexidade da crise na Nigéria, a religião se afigura como um fator determinante, pois, na prática, o Boko Haram é motivado pelo objetivo de implantar a Sharia, mesmo que para isso seja necessário matar os cristãos nigerianos que restarem. A Nigéria ocupa, em 2019, a 12ª posição na Lista Mundial da Perseguição elaborada pela Portas Abertas, organização dedicada à igreja cristã que sofre perseguição em todo o mundo<sup>1</sup>. Embora se trate de um país democrático regido por uma Constituição na qual há expressa previsão de liberdade religiosa, o Estado não tem obtido sucesso em fazer frente à atuação do Boko Haram, que, segundo o escritório das Nações Unidas para a Coordenação de Assuntos Humanitários, já matou mais de 27 mil pessoas, dentre as quais a significativa maioria é de mulheres cristãs<sup>2</sup>. Aproximadamente 10 milhões de pessoas precisam de ajuda humanitária; cerca de 2,5 milhões de pessoas estão desabrigadas. Os níveis de fome e desnutrição também permanecem altos. O conflito é, portanto, concernente

1 <https://www.portasabertas.org.br/categoria/noticias/boko-haram-conheca-a-historia-do-grupo-extremista-que-ameaca-a-nigeria>. Acesso em 19 Set. 2019.

2 <https://www.unocha.org/nigeria/about-ocha-nigeria>. Acesso em 09 Out. 2019.

às garantias da liberdade religiosa e dos direitos humanos, que têm sido sistematicamente violados na região.

A conclusão óbvia diante disso, destarte, seria a de que aos cristãos não está sendo assegurada, na prática, a sua liberdade religiosa. Contudo, surgem alguns questionamentos: se a garantia da liberdade religiosa deve ser respeitada, isso significa que o Boko Haram, como seita religiosa, deveria ser tolerado? Independente disso, também é necessário indagar: o que tem sido feito, no âmbito do governo nigeriano e da comunidade internacional, para solucionar esse conflito?

Referidos questionamentos são relevantes por vários motivos. Milhares de pessoas morreram na última década, em virtude da perseguição religiosa propagada pelo Boko Haram. Embora sua atuação seja local, a crise humanitária que dela decorre afeta as regiões vizinhas. Ademais, tendo em vista o significativo aumento do terrorismo em todo o mundo, a reflexão sobre as suas origens e a busca por soluções ultrapassa fronteiras, o que justifica o debate no âmbito acadêmico.

## **Tolerância Religiosa, Processo Civilizador e Direitos Humanos**

O conceito de liberdade religiosa é relativamente recente na história. John Locke foi um dos primeiros a refletir acerca do assunto, conforme Mondaini (2014). Escreveu a “Carta acerca da tolerância” (1978), em 1689, com o objetivo primordial de justificar a tolerância entre as mais diversas vertentes do cristianismo na Inglaterra do século XVII (DINIZ, 2011). Contudo, suas ideias podem embasar a tolerância entre diferentes religiões, em outros tempos e lugares.

Um aspecto interessante acerca da tolerância religiosa na esfera civil, segundo Locke (1978), é a ausência de competência do governo quanto ao cuidado das almas. Como alguém que professava a fé cristã, Locke entendia que Deus não delegou a homem algum a autoridade para induzir outros a aceitar sua religião. Isso se aplicaria de forma especial ao governo, cuja esfera de atuação se limita a questões relativas à manutenção da ordem civil, não estando dentro de seu escopo a fiscalização da fé de seus súditos. Ademais, sequer existe a possibilidade lógica, para Locke, de imposição de uma crença, que se trata de íntima convicção que apenas pode ser elaborada voluntariamente. Essa é a razão pela qual não seria possível impor coercitivamente a fé a alguém.

É interessante notar o grande contraste entre o raciocínio de Locke e a forma de atuação do Boko Haram, que pretende impor a fé islâmica por meio da violência. É comum a prática do grupo de exigir de suas vítimas a renúncia à fé cristã, sob pena de execução<sup>3</sup>. Vê-se, desse modo, que pouco importa ao Boko Haram o convencimento intelectual acerca da fé islâmica, desde que

3 <https://www.portasabertas.org.br/categoria/noticias/leah-sharibu-continua-em-cativeiro-por-nao-negar-jesus>. Acesso em 09 Out. 2019.

haja um compromisso de abandono do cristianismo e adoção do modo de vida muçulmano.

Prosseguindo na análise da Carta, vê-se que Locke (1978) admite a limitação da tolerância. Inicialmente, afirma que não devem ser toleradas quaisquer doutrinas que sejam incompatíveis com a sociedade humana, ou contrárias ao que ele denomina de bons costumes necessários para a preservação da sociedade civil. Defende, também, que não devem ser tolerados aqueles que atribuem a si mesmos, com fundamento na sua religião, a prerrogativa de exercer autoridade sobre homens que não pertencem à sua comunidade eclesiástica. Ou, dito de outro modo, os que não admitem a tolerância em relação aos dissidentes de sua própria religião. Para Locke, tais pessoas, quando tiverem oportunidade, irão atacar as leis da comunidade, a liberdade e a propriedade dos cidadãos. Portanto, aplicando a teorização de Locke ao caso atual do Boko Haram, seria possível afirmar que se trata de uma das situações excepcionais em que a tolerância deve ser limitada; em outras palavras, o Boko Haram não deveria ser tolerado como manifestação religiosa, pois, em sua própria essência, é contrário à ideia de tolerância religiosa, porquanto não admite a coexistência com outras crenças. No dizer de Norberto Bobbio, *“a tolerância deve ser garantida a todos, exceto aos que não admitem a tolerância, ou seja, devem ser intolerados os intolerantes”* (BOBBIO, 2004, p. 196).

Destarte, como já dito, existe um notável contraste entre a ideia de tolerância religiosa, de influência nitidamente ocidental, e a imposição religiosa praticada pelo Boko Haram. O fato é que esse contraste é apenas a ponta do iceberg de um conflito ainda maior, para o qual foi determinante a presença da Inglaterra na Nigéria (LIMA FILHO, 2012). O início do século XIX trouxe consigo a influência britânica na Nigéria. Como é narrado por Elias (1993), a influência colonial jamais se limita ao aspecto político, mas é um instrumento de transmissão daquilo que se conhece por “civilização ocidental”. Nesse conceito se incluem aspectos relacionados à cultura, à educação (inclusive a educação formal), à religião, aos costumes cotidianos e à forma de estruturar a sociedade.

Elias discorre acerca de um movimento que ocorre há vários séculos no Ocidente, que consiste na “difusão da civilização”, ou seja, a disseminação de nossas instituições e padrões de conduta além das fronteiras ocidentais (ELIAS, 1993, p. 212):

A partir da sociedade ocidental – como se ela fosse uma espécie de classe alta – padrões de conduta ocidentais ‘civilizados’ hoje estão se disseminando por vastas áreas do Ocidente, seja através do assentamento de ocidentais ou através da assimilação pelos estratos mais altos, de outras nações, da mesma forma que modelos de conduta antes se espalharam no interior do próprio Ocidente a partir deste ou daquele estrato mais alto, de certos centros cortesãos ou comerciais. (...) Essa difusão dos mesmos padrões de conduta a partir de ‘mães-pátrias do homem branco’ seguiu-se à incorporação de outros



territórios à rede de interdependências políticas e econômicas, à esfera das lutas eliminatórias entre nações do Ocidente e dentro de cada uma delas (...). As formas ‘civilizadas’ de conduta disseminaram-se por essas outras áreas em razão e na medida que nelas, através de sua incorporação à rede cujo centro ainda é o Ocidente, a estrutura de suas sociedades e de relacionamentos humanos também está mudando. A tecnologia e a educação são facetas do mesmo desenvolvimento total. Nas áreas por onde se expandiu o Ocidente, as funções sociais a que o indivíduo deve submeter-se estão mudando cada vez mais, de maneira a induzir os mesmos espíritos de previsão e controle de emoções como no próprio Ocidente. Nesse caso, também, a transformação da existência social como um todo é a condição básica para civilizar-se a conduta. Por esse motivo, encontramos nas relações do Ocidente com outras partes do mundo os primórdios da redução de contrastes que é peculiar a todas as grandes ondas do movimento civilizador.

Para Elias (1993), a expansão da civilização ocidental é o que caracteriza o que ele compreende como sua superioridade; contudo, os povos ocidentais, sob pressão de suas próprias lutas competitivas, acabaram provocando em várias partes do mundo uma mudança nos relacionamentos e funções humanas. A disseminação de seus padrões e instituições ocidentais levou à redução das diferenças de poder social e conduta entre colonizadores e colonizados. Por conseguinte, os contrastes visivelmente se tornaram menores. Em regiões coloniais, ocorre um fenômeno de redução de contrastes que acaba por criar entidades e variedades de conduta civilizada. Elias (1993) ressalta que a incorporação incipiente dos povos orientais e africanos aos padrões ocidentais consiste na última onda do contínuo movimento civilizador que poderia ser observado até então.

Isso explica a razão pela qual o lema do movimento colonizador ocidental é a “civilização”. Para os membros dessa sociedade, marcada pela grande divisão de funções, não é suficiente governar indivíduos e países pela força das armas, mas há também a necessidade de pessoas que sejam integradas na teia do país hegemônico. Para que isso seja possível, é preciso “civilizar” os colonizados. Para manter um império que ultrapassasse o estágio da mera plantação, foi necessário governar as pessoas, inclusive através de si mesmas, por meio de um processo de assimilação, absorvendo o código dos grupos superiores, submetendo o controle de suas paixões e conduta às regras do grupo colonizador. Nesse processo, acaba ocorrendo uma reconciliação e uma fusão dos padrões das sociedades ocidentais com seus próprios hábitos e tradições (ELIAS, 1993).

É nítido que ocorreu um processo civilizador na Nigéria, no qual a Inglaterra transmitiu sua assim chamada “civilização” aos nigerianos, que assimilaram diversos aspectos do modo de viver ocidental, tais como a religião cristã, a forma de organizar o Estado por meio de uma Constituição, a democracia, a garantia de proteção a direitos humanos etc.

Contudo, esse processo não ocorreu em todo o território da Nigéria, mas foi limitado à região sul. Hodiernamente, a população do sul da Nigéria é composta quase que em sua exclusividade por cristãos, e a forma de composição da sociedade é bastante similar aos modelos ocidentais, especialmente na educação, por meio das universidades, e nas manifestações culturais.

O norte da Nigéria, contudo, não foi atingido pela influência britânica. Ao contrário, as etnias lá residentes se demonstraram mais propensas a aderir à fé muçulmana, que lá chegou por volta do ano 1000. Em meados do século XIX, como forma de resistência à Inglaterra, houve a primeira tentativa de criação de um califado no nordeste da Nigéria. A ideia foi sufocada naquele tempo, mas foi retomada mais de um século depois pelo Boko Haram (ADENRELE, 2012).

Desse modo, ao passo em que o sul da Nigéria absorveu a influência britânica, completando o que Elias (1993) chamaria de “processo civilizador”, o norte não foi afetado pela influência externa e permaneceu com suas raízes culturais e religiosas. Isso, por si só, não seria um problema, pois é admissível, em tese, a coexistência de culturas e religiões distintas num mesmo território. Na prática, contudo, o Boko Haram surgiu com o objetivo de exterminar a influência ocidental na Nigéria e impor a Sharia em todo o território. Utilizando os conceitos acima, o Boko Haram pretende não apenas resistir, mas desfazer, mediante emprego de violência, o processo civilizador impulsionado pela Inglaterra. Trata-se, portanto, de um fenômeno complexo, cujas raízes remontam a séculos de embate entre diferentes formas de civilização.

## **Direito à Liberdade Religiosa: Garantias Formais**

Um dos principais legados da influência britânica sobre a Nigéria foi no aspecto da política e do direito. A Nigéria é atualmente um país democrático, regido por uma Constituição, e faz parte da ONU e da União Africana, que é uma organização internacional que tem por objetivo a promoção de direitos humanos, democracia e desenvolvimento econômico na África. Em 1989, os Estados-Parte da União Africana aprovaram a Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos, que obriga os Estados Partes da União Africana a observar a liberdade religiosa dos indivíduos, ao afirmar em seu art. 8º que *“A liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação dessas liberdades”*<sup>4</sup>.

Ademais, a Nigéria é um estado secular e, por isso, garante a liberdade de religião. Isso é claramente enunciado na Constituição da República Federal da Nigéria de 1999 em seu artigo 38: “cada pessoa terá direito à liberdade (...) de religião, incluindo liberdade para mudar sua religião ou crença, e liberdade (...) para manifestar e propagar a sua religião ou crença na adoração,

4 Inteiro teor disponível em: <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/>. Acesso em 16 jun. 2018.

ensino, prática e observância”; bem como “nenhuma pessoa que comparecer a qualquer local de ensino será obrigada a receber ou para participar de qualquer cerimônia religiosa ou observância se tal for cerimônia de instrução ou observância diz respeito a uma religião diferente da sua, ou religião não aprovada por seu pai ou tutor”. Isso significa que nenhuma religião na Nigéria é superior a outra; vale dizer, não se justifica a imposição de uma crença mediante emprego da força (EBONYI, 2019). Isso coloca o Boko Haram na ilegalidade, pois não há qualquer justificativa, tanto no âmbito da Nigéria, da comunidade africana ou da comunidade internacional, que apoie a forma de atuação do Boko Haram.

## **O Boko Haram**

Cumpra analisar de forma mais pormenorizada o que é – e no que consiste – o Boko Haram. A organização é autodenominada Jama’atu Ahlis Sunna Lidda’awati Wal-Jihad ou “pessoas comprometidas com a propagação dos ensinamentos do Profeta e Jihad”. O termo Boko Haram foi atribuído pela comunidade nigeriana externa ao grupo, pois sintetiza as ideias pregadas, no sentido de que a educação ocidental seria proibida, por ser considerada pecado (CIERCO, 2016).

A origem do grupo remete a motivos meramente religiosos. O Boko Haram cresceu de um grupo de jovens islamitas radicais na década de 1990 (WALKER, 2012). Seu líder, Mohammed Yusuf, era um pregador e líder juvenil. Sua interpretação literal do Alcorão o levou a defender que aspectos da educação ocidental que ele considerava em contradição com o livro sagrado - a evolução, a teoria do Big Bang e os elementos da química e da geografia - devem ser proibidos. Como crítico do governo, Yusuf estava envolvido em esforços para implementar a Sharia em vários Estados do Norte nos anos 2000 (AWORTU, 2015). Dunn (2018) aduz que, desde o início, o Boko Haram já tinha objetivos políticos, pois seu principal objetivo seria a mudança de regime na Nigéria, porquanto acreditam que a regra democrática e secular estaria em contradição com Sharia. É pertinente notar que Yusuf havia adotado uma abordagem não-violenta em sua campanha, pois esperava alcançar seus objetivos através da pregação constante na mesquita e formando alianças com os políticos. Não se pode excluir que houve ataques durante a liderança de Yusuf, como por exemplo o ataque na vila de Kanamma, em 2003, no qual cerca de 30 pessoas foram mortas, e alguns aldeões foram sequestrados e induzidos a se juntar ao grupo (COOK, 2011). A maioria dos ataques desse período, contudo, foram leves em comparação com os ataques de terrorismo virulentos bem coordenados após a morte de Yusuf (AWORTU, 2015).

Para financiar suas atividades, os integrantes do Boko Haram praticam roubos a bancos e sequestros com pedidos de resgate. Há suspeitas de que também estão envolvidos em tráfico de armas e drogas. Alegam, também, ter ligações com indivíduos de grande influência no governo nigeriano, o que até

agora ainda não foi comprovado (CIERCO, 2016). Em virtude de sua ideologia antiocidental, o grupo tem ligação com extremistas sunitas ou grupos como a Al-Qaeda e, mais recentemente, com o Estado Islâmico (ISIS). Essa proximidade ideológica com a Al-Qaeda surge em virtude de defenderem a ideia de que os políticos e a riqueza destruirão a pureza das sociedades islâmicas, por permitirem vícios como a prostituição, a pornografia e o álcool (CIERCO, 2016).

A partir de 2009, com a morte de seu líder, o Boko Haram passou a utilizar a violência (CIERCO, 2016). Desde então, o país testemunhou perda inimaginável de vidas e propriedades que atraíram a atenção da comunidade internacional. Além da guerra civil nigeriana de 1967-1970, a Nigéria nunca teve um conflito tão sangrento (AWORTU, 2015).

No fim do ano 2010, bombas foram detonadas perto de igrejas, mercados e restaurantes, matando dezenas de pessoas (AWORTU, 2015). Em 2011, o Boko Haram bombardeou a sede da polícia nacional em Abuja, assim como o escritório da ONU, matando 23 pessoas e ferindo dezenas de outras (WALKER, 2012). Na véspera de Natal de 2011, uma bomba lançada numa Igreja Católica matou mais de 40 cristãos (AWORTU, 2015). De acordo com Walker (2012), desde agosto de 2011 houve ataques quase semanais por militantes plantando bombas em público ou em igrejas no nordeste da Nigéria.

Em abril de 2014, o Boko Haram sequestrou 276 alunas na cidade de Chibok, no estado de Borno, durante o período de aula. A abordagem foi violenta, e algumas foram feridas por bombas no momento do sequestro. As meninas tinham entre 12 e 18 anos e eram em sua maioria cristãs. Os sequestradores as trataram como escravas e “esposas” – em referência a uma crença islâmica ancestral na qual mulheres capturadas em conflito são consideradas espólio de guerra<sup>5</sup>. Mais uma vez, os olhos internacionais se voltaram à Nigéria, em virtude da magnitude do sequestro. Personalidades famosas, como Michelle Obama e atores de Hollywood, fizeram campanhas em redes sociais utilizando a frase “bring back our girls”. A HBO fez um documentário intitulado “Stolen Daughters: kidnapped by Boko Haram”<sup>6</sup>. O grupo ficou conhecido como “as meninas do Chibok”; 112 delas ainda permanecem sob cativeiro em 2019<sup>7</sup>. A Anistia Internacional fez um apelo ao Boko Haram em 2019, clamando pela libertação das meninas do Chibok. O apelo não teve resposta.

Ainda em 2014, o novo líder, Shekau, declarou um califado nas áreas sob controle do Boko Haram, com a cidade de Gwoza como sede do seu poder. Depois, o líder prometeu formalmente lealdade ao grupo Estado Islâmico, virando as costas para a Al-Qaeda. O Estado Islâmico aceitou sua lealdade, nomeando o território sob o controle do Boko Haram como Estado

5 <https://www.portasabertas.org.br/categoria/noticias/boko-haram-conheca-a-historia-do-grupo-extremista-que-ameaca-a-nigeria>. Acesso em 19 Set. 2019.

6 <https://www.hbo.com/documentaries/stolen-daughters-kidnapped-by-boko-haram>. Acesso em 10 Out. 2019.

7 <https://exame.abril.com.br/mundo/cinco-anos-depois-clamor-por-libertacao-de-meninas-de-chibok-permanece/>. Acesso em 10 Out. 2019.

Islâmico da Província do Oeste da África, uma parte do califado global que tentava estabelecer<sup>8</sup>. Em março de 2015, o Boko Haram perdeu o domínio sobre essas áreas após uma coalizão regional – formada por tropas da Nigéria, Camarões, Chade e Níger – ser formada para combatê-lo.

No ano de 2014 os ataques do Boko Haram aumentaram, resultando em alto número de mortes. Em abril houve uma explosão de bomba em Nyanya, distrito de Abuja, matando cerca de 75 pessoas e deixando 215 feridos. Em maio de 2014, outra explosão de bomba balançou a área de Nyanya, matando cerca de 71 pessoas e ferindo vários outros (AWORTU, 2015).

Em agosto de 2016, o grupo aparentemente se dividiu: um vídeo do Estado Islâmico anunciou que Shekau fora substituído por Abu Musab al-Barnawi. Shekau contestou, insistindo que continuava no comando. Em meio a tudo isso, 21 das meninas do Chibok, vistas como bens preciosos para Shekau, foram libertadas, após conversas envolvendo militantes, os governos nigeriano e suíço e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Apesar disso, tendo em vista a ocorrência de outros sequestros, a Anistia Internacional afirma que cerca de 2 mil crianças permanecem cativas<sup>9</sup>.

A Nigéria tem sido assolada por ataques do Boko Haram e é inegável o fator religioso dos conflitos, que já causaram a morte e deslocamento de milhares de cristãos. Apenas durante o período de pesquisa da Lista Mundial da Perseguição 2019 (1/11/2017 a 31/10/2018), em que o país ocupa a 12ª posição, 3.731 cristãos nigerianos foram mortos por causa da sua fé<sup>10</sup>.

O Boko Haram não vitima apenas nigerianos, mas também estrangeiros que se deslocam à Nigéria para prestar ajuda humanitária. Foi noticiada a morte de uma funcionária da Cruz Vermelha, Hauwa Mohammed Liam, que teria sido forçada a se ajoelhar com as mãos amarradas usando um hijab (véu muçulmano) branco com um brasão. Outras duas funcionárias da Cruz Vermelha, as parceiras Saifura Hussaini Ahmed Khorsa e Alice Loksha Ngaddah, foram sequestradas em março enquanto trabalhavam em Rann, uma cidade que serve de abrigo para refugiados e já havia sido atacada anteriormente por militantes. Foram mortas por serem consideradas apóstatas, porquanto eram muçulmanas que abandonaram o islamismo para trabalhar na Cruz Vermelha. Alice Ngaddah, uma cristã que trabalha para UNICEF, é “escrava perpétua” do Boko Haram, e apenas não foi liberta porque se recusa a renunciar à sua fé<sup>11</sup>.

O Boko Haram tem sido um obstáculo para o desenvolvimento educacional. Por sua ideologia, declara guerra contra a educação ocidental. No estado de Borno, os ataques destruíram mais de 882 salas de aula a partir de agosto de 2013; no estado de Yobe, todas as escolas foram fechadas de

8 <https://www.portasabertas.org.br/categoria/noticias/boko-haram-conheca-a-historia-do-grupo-extremista-que-ameaca-a-nigeria>. Acesso em 19 Set. 2019.

9 Idem.

10 Idem.

11 <https://www.portasabertas.org.br/categoria/noticias/refem-e-morta-pelo-boko-haram-e-outras-sao-ameacadas>. Acesso em 19 Set. 2019.

junho a setembro 2013. Em março de 2014, o governo federal fechou cinco faculdades federais nos Estados de Adamawa, Borno e Yobe, ordenando que aproximadamente 10.000 alunos mudassem para outras escolas. Pais, temendo ataques, têm retirado milhares de crianças de escolas em uma região que já apresenta o maior déficit educacional no país (AWORTU, 2015).

Os ataques também aprofundaram as diferenças religiosas e regionais, invertendo alguns dos ganhos duros do país na construção da unidade e da estabilidade nacionais. Seus assaltos a cristãos e seu objetivo de estabelecer um estado islâmico em todo o Norte não são compartilhados pela maioria dos muçulmanos. O impacto religioso da seita também afetou o mercado de trabalho, pois cristãos e muçulmanos trabalham com suspeitas uns contra os outros (AWORTU, 2015).

Em um comunicado emitido em 24/04/2011, um porta voz do Boko Haram chamado Alzawahiri informou que continuaria a “lutar até que o Islã esteja bem estabelecido e os muçulmanos recuperem sua liberdade por toda a Nigéria. Nós nunca nos renderemos e não precisamos de anistia. A única solução para o que está acontecendo é o governo se arrepender, renunciar à democracia, largar a constituição e adotar as leis do Alcorão Sagrado” (ADEN-RELE, 2012, p. 22).

A ONU descreve a crise humanitária no nordeste da Nigéria como uma das piores atualmente no mundo, com 7,7 milhões de pessoas que precisam de assistência humanitária<sup>12</sup>.

## **Enfrentamentos: Como a Nigéria e o Mundo Têm Lidado com o Boko Haram?**

Quando dos primeiros conflitos provocados pelo Boko Haram, a resposta do governo da Nigéria foi o uso da força policial. Há suspeitas de que a polícia teria procedido a execuções extrajudiciais, o que teria aumentado a intensidade da violência na reação do Boko Haram. Walker (2012) acredita que as táticas empregadas por agências de segurança do governo contra o Boko Haram têm sido consistentemente brutais e contraproducentes, o que colabora para sua expansão. As táticas da polícia também tornaram os membros do Boko Haram mais difíceis de capturar; a população teme mais à polícia e ao exército do que ao Boko Haram. As pessoas comuns não iriam à polícia para relatar atividades suspeitas em seus bairros (WALKER, 2012).

Além disso, em 2013, foi criada a Força Operacional Civil Conjunta (CJFT, na sigla em inglês), uma milícia composta por civis e apoiada pelo exército para o combate ao Boko Haram. A CJFT, contudo, agregou crianças e adolescentes em seus postos, o que gerou grande comoção por parte das organizações defensoras de direitos humanos, culminando na libertação dos menores<sup>13</sup>.

---

12 Idem.

13 <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral,nigeria-desmobiliza-quase-900->

Por outro lado, é difícil vislumbrar um diálogo pacífico do grupo com o governo. Em março de 2012 houve uma tentativa de negociar um cessar-fogo, que falhou. No início de 2011, um membro do grupo disse que se o governo devolvesse as mesquitas do grupo em Maiduguri e Bauchi e permitisse que seus membros adorassem em paz, o grupo desistiria de suas atuações. Pouco depois, outro membro informou que a mensagem não emanava do núcleo do grupo. Após inquéritos, concluiu-se que havia ocorrido uma remoção interna dos membros mais moderados. Em uma chamada telefônica posterior, Abu Dujana afirmou que “divisões internas foram eliminadas.” A suspeita é de que os membros dissidentes foram mortos (WALKER, 2012). Em Janeiro de 2012, um grupo que reivindicava ser uma facção moderada do Boko Haram enviou uma fita à autoridade nacional da televisão, informando que estava pronto para negociar. Quatro dias depois, meia dúzia de pessoas foram publicamente decapitadas em Maiduguri por pessoas que afirmavam pertencer ao Boko Haram. Suspeita-se que estes dois eventos estão vinculados: *“quando o Boko Haram mata seus próprios, eles os decapitam, e relatos de decapitações parecem subir quando há conversas de negociação”* (WALKER, 2012, p. 11).

Algumas das demandas do Boko Haram são contraditórias ou impossíveis de realizar. Por exemplo, o Boko Haram afirma que quer quebrar a Nigéria em dois, norte e sul, mas também que toda a Nigéria deve vir à lei da Sharia e se converter ao Islã. Também exigiu que Goodluck Jonathan, presidente da Nigéria entre 2011 e 2014, se convertesse ao Islã (WALKER, 2012). Entretanto, há outras demandas que podem ser abertas a discussão: o grupo exigiu que os membros presos pelo governo fossem liberados, todos os bens que foram retirados fossem restaurados, e as pessoas responsáveis pela execução de Mohammed Yusuf fossem punidas (WALKER, 2012).

Para Cierco (2016), a abordagem militar para conter a ação terrorista perpetuada pelo Boko Haram continua gerando tensões entre o governo e a população local, sendo por isso necessário desenvolver uma estratégia diferente que implique reformas políticas e de governo, aumentando a participação dos cidadãos na vida do Estado. O Estado tem apostado na resposta armada à violência, por meio de operações conjuntas entre o Exército e a Polícia como resposta a incidentes específicos, assim como a adoção de estratégias de contraextremismo e radicalização. Nesse sentido, têm sido contratados clérigos islâmicos para pregar e ensinar um Islã moderado na rádio e na televisão, gerindo a percepção do público e evitando a radicalização da população vulnerável, em especial dos jovens. Para além dessas estratégias, o governo desenvolveu também um quadro legislativo e da justiça criminal capaz de combater o extremismo do Boko Haram. Contudo, apesar desse repertório de estratégias operacionais e de governo, as tensões e controvérsias relativamente à adequação dessas medidas mantêm-se no país, sendo o Estado fortemente criticado.

---

criancas-soldados-que-lutavam-contr-o-boko-haram,70002823487. Acesso em 09 Out. 2019.

Cierco (2016) acredita que apenas a introdução de reformas socioeconômicas sustentáveis pode reduzir a insatisfação da população e promover a estabilidade no país. O reforço do Estado, garantindo o fornecimento de serviços básicos, como a educação, a saúde, o desenvolvimento de infraestruturas, promovendo a participação dos cidadãos no nível político, proporcionará a necessária legitimidade ao governo e é o melhor caminho para conter o extremismo religioso e o terrorismo. Como refere David Cook (2011, p. 89), “a resposta do governo nigeriano ao Boko Haram necessita de ser integrada numa estratégia política, econômica e de segurança que ofereça uma promessa de melhoria às populações do Norte e que limite o apelo do grupo e dos seus potenciais sucessores”. O sucesso resultará da possibilidade de várias entidades trabalharem em conjunto, respeitando-se mutuamente e em conformidade com as leis e autoridades constituídas, porque sem paz e segurança não pode haver desenvolvimento sustentável.

Estabelecer um processo de diálogo e angariar o apoio de setores muçulmanos mais moderados, com total respeito pelos direitos humanos, pode também contribuir para aumentar a proximidade étnica e religiosa. Muitos dos nigerianos estão insatisfeitos com o Estado, considerado fonte de desigualdade e de corrupção, que falhou no cumprimento das suas mais elementares funções: segurança e bem-estar. Para devolver a segurança à Nigéria, é necessário que todos se envolvam em melhorar o funcionamento do Estado, gerindo e aproveitando melhor as suas riquezas em proveito da população. Por isso, Cierco (2016) acredita que a resposta ao fenómeno extremista tem de ser dada em médio/longo prazo, de forma holística e robusta, combatendo as suas causas mais profundas e reforçando o aparelho do Estado.

O perpetuar do conflito entre o Estado nigeriano e o grupo Boko Haram, para além das consequências nefastas a nível económico, tem também efeitos a nível humano, gerando refugiados e pessoas deslocadas, conflitos e tensões interétnicas, colocando em causa a unidade nacional. Esta é, assim, uma das questões que o Estado tem de resolver urgentemente. Só assim será possível iniciar novamente o caminho para a estabilidade e promover o desenvolvimento daquela que poderá vir a ser a maior potência da África Ocidental (CIERCO, 2016).

Beatrice Awortu (2015), professora do Departamento de História e Estudos Diplomáticos da Universidade Ignatius Ajuru, em Port Harcourt, Nigéria, propõe recomendações no que concerne ao Boko Haram e ao governo nigeriano: (i) defende que o governo nigeriano deve declarar estado de emergência e declarar guerra contra o terrorismo; (ii) as fontes de financiamento devem ser rastreadas; (iii) o governo deve equipar os militares e reorganizar a força policial; (iv) o governo deve utilizar as agências nacionais e estaduais de orientação, governantes tradicionais, jovens, mulheres e grupos religiosos na realização de campanha de reorientação, a fim de abordar os equívocos sobre a educação ocidental e outras questões usadas pelo Boko Haram para convencer os jovens a apoiá-los; (v) geração de emprego pelos governos a todos



os níveis, abordando-se a questão da corrupção, que é a principal causa de pobreza na Nigéria; (vi) parceria do governo com a comunidade internacional para abordar o Boko Haram: o terrorismo é um fenômeno global, portanto, é aconselhável que ele também deve ser abordado através da colaboração global.

Adetoro Adenrele (2012), professor do Departamento de Estudos Sociais do *Federal College of Education* no Ogun State, Nigéria, também oferece sugestões de enfrentamento: (i) garantia de eleições livres e justas; (ii) controle mais rigoroso dos postos fronteiriços no norte da Nigéria, a fim de evitar imigrantes ilegais da região do Magrebe para o país; (iii) Um programa de alívio da pobreza permanentemente bem estruturado, com a intensificação dos esforços para integrar as escolas Almajiri nos programas de educação básica universal com salas de aula bem mobiliadas, professores qualificados, compra de uniformes e refeições no meio do dia para os estudantes do norte da Nigéria, e fornecimento estável de energia elétrica.

Anthony Ebonyi (2019), professor do Departamento de Sociologia da Universidade de Abuja, Nigéria, em recente artigo, também tece recomendações. Defende que a abordagem do diálogo deve ser explorada com mais veemência por parte do governo, especialmente tendo em vista a reconhecida incapacidade dos militares para combater o Boko Haram. Recomenda, também, que os governos federais concedam anistia a alguns dos membros arrependidos, oferecendo emprego sustentável para os educados, enquanto os analfabetos poderiam ser orientados a adquirir certas habilidades, tais como alfaia-taria, carpintaria, mecânico de automóveis, soldagem, reparação de aparelhos móveis, etc., após o que poderiam ser concedidos empréstimos sem juros ou garantias para estabelecerem seu próprio negócio e tornarem-se trabalhadores independentes. Para garantir que a integração resultante das atividades dos insurgentes seja revertida, Ebonyi sugere a adoção de programas contínuos de sensibilização juvenil sobre as consequências negativas da adesão ao grupo Boko Haram, tanto pelo governo como por entidades não governamentais. Como medida de longo prazo, no entanto, os governos federais e estaduais devem deliberadamente olhar para a persistente situação socioeconômica do Norte, especialmente em termos de educação e emprego, com vista a reduzir os conflitos violentos perpetrados pelo Boko Haram (EBONYI, 2019).

## **Considerações Finais**

Em 2019 o Boko Haram completou 10 anos desde o início da fase violenta de sua atuação. De acordo com a pesquisa realizada, existe um consenso de que o Boko Haram deve ser combatido, ou seja, que não há que se falar em tolerância religiosa como respaldo para a atuação de grupos que buscam, por meios violentos, impor determinada fé ou crença. Não há, contudo, consenso quanto à melhor forma de combater o Boko Haram. Como se viu, todas as tentativas utilizadas até agora foram frustradas; as abordagens que buscavam

diálogo foram rechaçadas pelo Boko Haram, e as tentativas violentas apenas desencadearam reações ainda mais violentas.

No entanto, ainda existe esperança de que a situação da Nigéria seja modificada. O arcebispo Ignatius A. Kaigama, da arquidiocese de Jos, na Nigéria, palestrou no dia 1 de março de 2019 na conferência “International Religious Freedom: A New Era for Advocacy in Response to a New Age of Challenges and Threats”, organizada pela Missão Observadora Permanente da Santa Sé ante a ONU, juntamente com a ONG Comitê sobre Liberdade de Religião ou Crença<sup>14</sup>. Em sua apresentação, o arcebispo informou que no sul da Nigéria as relações entre muçulmanos e cristãos são cordiais. Cristãos e muçulmanos convivem pacificamente, casam e celebram as festas juntos. Pode-se converter do islamismo ao cristianismo e vice-versa, sem ameaças à vida de alguém. O diálogo inter-religioso e a coexistência pacífica entre grupos distintos é plenamente possível, e o sul da Nigéria, em que pese sua maioria cristã, é um exemplo disso.

Essa é mais uma evidência de que o problema do Boko Haram não é seu caráter islâmico, e sim os meios utilizados para atingir os seus objetivos. O Boko Haram põe em prática o versão do Alcorão que indica que “*qualquer um que não é governado por o que Allah revelou está entre os transgressores*” (Alcorão 6.49), mas ignora que o mesmo Alcorão (109.6) afirma “a você seja sua religião, e a mim minha religião” (ADENRELE, 2012, p. 21). Se o próprio profeta Maomé admitia a coexistência com religiões distintas, por que o Boko Haram se nega a fazê-lo? Por isso, muitos muçulmanos atribuem ao Boko Haram a característica de hereges (WALKER, 2012).

Ademais, como também restou demonstrado, a Nigéria é marcada por problemas complexos, aos quais muitos atribuem a gênese do Boko Haram. A pobreza extrema, falta de oportunidades de estudo ou de ingresso no mercado de trabalho, e a corrupção em todas as esferas do governo tornam a adesão ao Boko Haram uma opção atraente aos jovens do Norte da Nigéria. Segundo o Arcebispo Ignatius Kaigama, “Não há segurança social para os jovens. Você encontra aqueles que se formaram na universidade em todo lugar. Eles estão ociosos e, portanto, muito suscetíveis à manipulação por fanáticos políticos, por fanáticos religiosos e extremistas étnicos”. Acrescentou que “*Esta é a esperança da Nigéria. Se ele [presidente reeleito em 2019, Muhammadu Buhari] puder dar uma atenção muito séria às necessidades dos jovens... e torná-los relevantes, dar-lhes algo para fazer como contribuição para a nação, acho que ajudaria a desintoxicar e também remover aquele veneno negativo [extremismo] político, religioso ou étnico injetado neles*”<sup>15</sup>.

Diante do exposto, é possível concluir que a melhor forma de combater o Boko Haram na Nigéria, a longo prazo, é possibilitar uma verdadeira

14 <https://pt.aleteia.org/2019/04/07/nigeria-desafios-dos-cristaos-perante-o-boko-haram/>. Acesso em 09 Out. 2019.

15 <https://pt.aleteia.org/2019/04/07/nigeria-desafios-dos-cristaos-perante-o-boko-haram/>. Acesso em 09 Out. 2019.

transformação da sociedade, erradicando a corrupção e a pobreza, proporcionando oportunidades de estudo, trabalho e desenvolvimento pessoal – a esse processo, que se desenvolve ao longo da história, Norbert Elias atribui o conceito de “processo civilizador” (ELIAS, 1993). Apenas num contexto de estabilidade social, em que a violência não é uma opção, é que se afiguram possíveis o diálogo e a coexistência de ideias plurais.

## Referências

- ADENRELE, Adetoro R. Boko Haram insurgency as a symptom of poverty and political alienation. **Journal of Humanities and Social Science**. Nov.-Dez. 2012. Vol. 3. pp. 21-26.
- AWORTU, Beatrice E. Boko Haram Insurgency and the Underdevelopment of Nigeria. In: **Research on Humanities and Social Sciences**. Vol. 5, nº 6. 2015. Port Harcourt. 2015. pp. 213-220.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- CIERCO, Teresa. BELO, António. Será a Nigéria um estado falhado? O grupo Boko Haram. In: **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 21. Brasília, set. – dez. 2016, pp 121-146.
- COOK, David. **Boko Haram: a prognosis**. Texas: Rice University, 2011.
- DINIZ, Marcio Victor de Sena. **O conceito de tolerância em John Locke: a tolerância universal e os seus limites**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal da Paraíba. Joao Pessoa. 2011.
- DUNN, Gillian. The impact of the Boko Haram insurgency in Northeast Nigeria on childhood wasting: a double-difference study. In: **Conflict and Health**. 2018. 12:6, pp. 1-12.
- EBONYI, Anthony A. Implications of Boko Haram Insurgency on Integration: Evidences from Northern Nigeria. **International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences**, 2019, 9(2), 554–567.
- ELIAS, N. **O Processo Civilizador: formação do Estado e civilização**. Rio de Janeiro: J Z, 1993.
- HUNT, L. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Cia das Letras, 2009.
- LIMA FILHO, André Alves de. Memórias do colonialismo europeu na África. In: **Tensões Mundiais**. Fortaleza: v. 9, nº 16, p. 245-254. 2013.
- LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MONDAINI, Marco. Revolução Inglesa. In: PINSKY, Carla Bassanezi e PINSKY, Jaime (orgs.). **História da Cidadania**. 6ª ed. São Paulo: Contexto, 2014
- WALKER, Andrew. **What is Boko Haram?** Washington: United States Institute of Peace, 2012.

# A EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE PENAL EM CASO DE POSSESSÃO DEMONÍACA PELA DOCTRINA CATÓLICA

**Filippe Teixeira Gonçalves**

Advogado graduado na Universidade Cândido Mendes e graduado em jornalismo pela Universidade Estácio de Sá.

## **Resumo:**

O Código Penal evolui ao passar dos anos, no assunto das punições em face dos inimputáveis, porém, a Possessão Demoníaca, em que o agente perde o animus no ato criminoso, é ignorado pela doutrina, tema que pode juntar religião e direito para um melhor entendimento do assunto e podendo trazer melhores medidas em face do acusado. O artigo científico tem por finalidade dar luz a um tema pouco discutido no mundo jurídico e que convivemos constantemente no dia a dia, a Possessão Demoníaca, em que pode afetar a vida de um ser humano, podendo fazer com que ocorra atos puníveis penalmente, porém, sem que a pessoa tenha animus para a realização do crime. A análise científica tem como alvo a abordagem do reconhecimento da existência de fatores que podem excluir a culpabilidade de um ato criminal. Assim, será demonstrado que mesmo em poucos casos, a possessão Demoníaca existe e que do melhor acolhida em julgamentos, em que se comprovada, pode ter medidas mais efetivas nos casos específicos.

**Palavras-chave:** Culpabilidade Penal; Inimputável; Possessão Demoníaca; Conceito Analítico de Crime.

## **Introdução**

Este estudo pretende abordar a exclusão da culpabilidade penal em casos de possessão demoníaca. Em que se trata de um assunto sério e relevante para a sociedade, que sem explicação, nunca foi debatido de forma relevante a importância do tema descrito.

A possessão demoníaca não é apenas um ato simples e único, mas sim que pode durar dias, semanas e até anos, em que sendo possuído, o ser humano não tem controle de certas ações, inclusive casos penais, o que será abordado no foco desta pesquisa, sendo apenas um fantoche, ou hospedeiro do espírito maligno, assim, anulando o animus de fazer o ato concreto.

Casos de Possessão demoníaca são poucos, mas existem e requerem forte análise de caso a caso para que se possa tirar uma conclusão certa. Lembrando que esse estudo será “STRICTO”, ou seja, abordando a visão católica do tema. Não obstante de futuramente ter esse mesmo foco de pesquisa em outras religiões por advogados e estudantes interessados no assunto.

A discussão do ato criminoso, abordando a culpabilidade pode ser muito além de simples fatos concretos, inclusive tendo o indivíduo como expulso, onde ocorrem entre atos, o exorcismo, e se curar da possessão, tornando a sociedade melhor.

Tal discussão abrange a problemática da religião com o Estado, algo que alguns não gostam de ver juntos, mas que unidos em casos específicos podem ajudar e muito no ordenamento jurídico.

Como o Brasil é considerado um estado Laico, esse tema também será ilustrado pelo caso do conhecido escritor Chico Xavier, um líder da religião do espiritismo em que recebeu espírito de um jovem morto e psicografou, mostrando que o acusado era inocente, com o tiro sendo disparado acidentalmente, sendo usado como prova de um crime. Podendo ser observado com isso, que a religião pode ser um auxílio aos casos penais no Direito, não apenas brasileiro como também mundial.

Também será abordado o tema da Medida de Segurança nos casos jurídicos, visto que, usando de má fé, alguns advogados podem usar esse pressuposto para livrar os clientes de punição mais severa do Estado. O que não é alvo desse objeto de pesquisa.

Sabe-se que é um tema polêmico e que muitos tem medo e até receio de tratar, acredita-se que já passou da hora que esse assunto deve ser abordado, pois são casos que ocorrem no dia a dia com várias pessoas tanto pelo mundo, quanto no Brasil. Espera-se que esse estudo venha criar uma luz sobre tal assunto, para que mais pesquisas sejam feitas e cada vez mais possa ser discutido.

A porcentagem de delitos por pessoas comuns em comparação a pessoas com possessão são muito maiores, porém sabe-se que a Constituição e todo ordenamento jurídico visa proteger o Estado e dar todos os meios para o cidadão se proteger e se defender, tendo todos os direitos, em que todos são iguais, sem distinção de cor, sexo e religiosidade, de acordo com o artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal, em que dispõe que é inviolável a liberdade de consciência e crença, dando valor à pesquisa em foco.

## **Teoria do Crime**

No Código Penal Brasileiro, dois fatores podem ser levados em conta para que o ato de uma pessoa possa ser considerado crime, previsto no artigo 18, incisos I e II<sup>1</sup>.

---

1 Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência,

O crime em si não é explicado detalhadamente no Código Penal Brasileiro, assim tendo várias vertentes entre os doutrinadores brasileiros, entre eles, para o autor José Geraldo da Silva, o crime pode ser conceituado como: *Toda ação ou omissão humana voluntária típica e antijurídica, funcionando a culpabilidade como mero pressuposto para imposição da pena e a punibilidade como uma consequência jurídica do crime*<sup>2</sup>.

O autor José Carlos Gobbis Pagliuca afirma que o crime deve ser conceituado com base em três fórmulas básicas, chamadas de conceito formal, material ou substancial e conceito analítico.

A) Conceito formal de crime, que é o aspecto externo e puramente nominal do fato. Assim, tem-se, como exemplo, as seguintes definições, as quais não trazem em seu bojo a substância ou matéria do crime, mas tão só sua autonomia com o Direito: “Crime é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao direito, a que a lei atribui uma pena”.

B) Conceito material ou substancial de crime, que é seu conteúdo necessário, mas nem sempre efetivo da figura delituesa que orienta o criador da lei a definir os fatos puníveis e ajuda ao julgador na interpretação de casos duvidosos, mas, em última análise, este conceito é a própria definição legal. Traz assim o conceito material, ponto de vista sociológico-jurídico de que o crime traz sempre uma ameaça a um bem ou interesse juridicamente tutelado ou basilar para a sociedade e por isso merece a escolta do Estado.

C) Conceito analítico. Pode-se dizer que para um comportamento humano aperfeiçoar-se como verdadeiro crime é necessário restringi-lo a uma tríplice ordem valorativa. Desta maneira, curial a tipicidade, a antijuridicidade e finalmente a culpabilidade. Fato típico é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra, um resultado e é previsto como infração penal.<sup>3</sup>

O sistema tripartido é a corrente majoritária no ordenamento jurídico, em que pode ser baseado no artigo 59<sup>4</sup> do Código Penal Brasileiro, onde é abordado a culpabilidade para aplicação da pena, ou seja, tornando importante a análise da Culpabilidade para que o ato seja considerado delito ou não.

Com a ênfase na ação humana, pode-se analisar os casos de possessão demoníaca como excludentes penais, visto que, nesses casos em particular o ser humano passa a ser apenas uma espécie de fantoche, uma marionete, em que o espírito maligno em seu corpo o faz cometer atos que a pessoa em consciência plena do caráter ilícito da ação não faria. Dando assim uma puni-

---

negligência ou imperícia.

2 SILVA, Jose Geraldo da. Teoria do Crime: história do direito penal: a lei penal. Ed. Millennium, 2010, p. 103/104.

3 PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. Direito Penal: parte geral. Ed. Rideel, 2009, p.58

4 Art. 59 Código Penal: O juiz, **atendendo à culpabilidade**, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

ção errônea a essas pessoas.

Após a análise dos princípios tripartido do Código Penal Brasileiro, em que expõe a conduta criminosa passível de punição, observa-se que cada passo na análise do ato praticado é importante para que seja configurado crime. Assim, pode-se averiguar que a conduta humana é importante para tal análise. Quando não se tem uma conduta ou consciência do ato.

## A Importância da Prova no Processo Penal

A importância da prova no curso do processo pode ser baseada no Código de Processo Penal nos artigos 232<sup>5</sup> e 234, visto que, qualquer escrito, instrumentos ou papéis particulares podem ser considerados documentos, podendo ser apresentados em qualquer fase do processo.

Caso o juiz tenha ciência da existência de documentos que possam ser de relevância para uma sentença correta, seja da acusação ou defesa, ele pode providenciar para que seja juntada aos autos.

Outros artigos importantes que podem embasar essa tese, em que sejam aceitas provas “sobrenaturais” são os artigos 369<sup>6</sup> do Código de Processo Civil e primeira parte do artigo 155<sup>7</sup> do Código de Processo Penal, onde as partes tem o direito de apresentar provas das verdades dos fatos, para que se tenha um julgamento justo e que o julgamento possa ter uma sentença correta na livre apreciação das provas produzidas em contraditório judicial.

Para o autor Renato Brasileiro de Lima, a prova é elemento essencial no processo, pois não adiantaria ter o direito de acesso à justiça, mas não puder provar a inocência ou culpa do agente no caso.

Sob esse prisma, pode se dizer que há, para as partes, um direito à prova. Esse direito à prova (right to evidence, em inglês) funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. Com efeito, de nada adianta o Estado assegurar a parte o direito de ação, legitimando a propositura da demanda, sem o correspondente reconhecimento do direito de provar, ou seja, do direito de se utilizar dos meios de prova necessários a comprovar, perante o órgão julgador, as alegações feitas ao longo do processo. Há de se assegurar às partes, portanto, todos os recursos para o oferecimento da matéria probatória, sob pena de cerceamento de defesa ou acusa-

5 Art. 232. Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

6 Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

7 Art. 155. **O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Pode-se reparar então que a prova no processo penal é muito importante para que se tenha um julgamento justo, para que seja demonstrado o mais fiel possível ao ocorrido no caso na lide, sendo assim a prova que é denominada “sobrenatural” pode ser uma ajuda essencial para a resolução dos processos.

## Estado Laico

A Constituição Brasileira de 1988 define o Estado como Laico, ou seja, sem uma religião oficial, separando o Estado da religião. Com isso, o debate de um tema religioso para ajudar o judiciário, não torna o Brasil um país religioso ou com uma religião como destaque, mas sim, podendo se tornar uma ajuda ao Estado para que se tenha uma sentença justa.

No livro *Direito Constitucional Descomplicado*, de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, o Estado Laico é definido como a inexistência de uma religião oficial, a separação do Estado com a Igreja e a tolerância religiosa.

Pode-se afirmar que um Estado laico pressupõe: (a) a inexistência de uma religião oficial; (b) a separação entre o Estado e igreja; e (c) a tolerância religiosa. Enfim, a liberdade religiosa, assegurada constitucionalmente, contempla não só a liberdade de aderir a qualquer religião ou scita religiosa, mas também a de não aderir a religião alguma, por absoluta descrença, e o direito de ser ateu ou agnóstico.<sup>9</sup>

Com pensamento semelhante, Pedro Lenza afirma que deve-se ter bom senso, prudência e razoabilidade nos direitos a prática da religião.

Dentro de uma ideia de bom senso, prudência e razoabilidade, a Constituição assegura a todos o direito de aderir a qualquer crença religiosa, ou recusá-la, ou ainda de seguir qualquer corrente filosófica, ou de ser ateu e exprimir o agnosticismo, garantindo a liberdade de descrença ou a mudança da escolha feita.

Portanto, não podemos discriminar ou reprimir. O preconceito deve ser afastado, a sociedade tem de conviver e se harmonizar com as escolhas antagônicas sem que o radicalismo egoísta suplante a liberdade constitucionalmente assegurada.<sup>10</sup>

O artigo 5º da Constituição no inciso VIII<sup>11</sup>, na primeira parte demons-

8 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. Editora JusPodivm. 2017. p.583

9 PAULO, Vicente. *Direito Constitucional descomplicado* / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. Editora Forense. 2018. P.131.

10 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Editora Saraiva. 2014. p.1087/1088.

11 Art., VIII a CF/88. Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a



tra que o cidadão não pode ter o direito privado por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, mostrando que a prova sendo um direito do cidadão, sendo demonstrado por um perito que a pessoa na hora do ato estava possuído, essa prova pode ser usada durante o julgamento.

## Possessão Demoníaca pela Doutrina Católica

A possessão Demoníaca é realizada por demônios, e de acordo com a SUMMA DAEMONIACA, Tratado de Demonologia e Manual de exorcistas, o demônio é considerado um ser espiritual angélico, que não tem corpo e influencia o comportamento humano, tirando assim o livre arbítrio, que é conhecido na religião: *Um demônio é um ser espiritual de natureza angélica condenado eternamente. Não tem corpo, não há em seu ser nenhum tipo de matéria sutil, nem nada semelhante à matéria, pois se trata de uma existência de caráter inteiramente espiritual.*<sup>12</sup>

Como será explicada nesse tópico, a possessão demoníaca pode interferir na vida do ser humano, ou seja, tomar conta até mesmo nas decisões do dia a dia e em alguns casos até mesmo com atitudes que não seriam próprias da pessoa. No livro da escola “Mater Ecclesiae”, escola essa que é reconhecida pela diocese do Rio de Janeiro e serve para formação de professores de ensino religioso, no curso sobre ocultismo, define a Possessão demoníaca (ou diabólica) como a presença do demônio em determinado corpo, além de explicar o que acontece com uma pessoa possuída.

Por “Possessão diabólica” entende-se a presença do demônio em determinado corpo, presença em virtude da qual o Maligno domina esse corpo e, mediante o corpo, as faculdades psíquicas da pessoa. O demônio não se une ao corpo como a alma se une a este, ou seja (segundo a linguagem filosófica), em união substancial. Em relação à alma, ele é apenas um movente extrínseco; só age sobre a alma na medida em que esta depende do corpo. O Possesso apresenta sintomas muito semelhantes aos da histeria (convulsões, clamores, linguagem estranha, ímpeto de furor...); estes sintomas são acompanhados de evidente revolta contra Deus, desafio do Senhor, blasfêmia, imoralidade fortemente obscena, falsas crenças...

Os possessos também são ditos “energúmenos”, palavra que, derivada do grego, significa “indivíduo agitado, influenciado poderosamente por um princípio extrínseco”<sup>13</sup>

O padre Reginaldo Manzotti, um estudioso do tema, explica que a possessão demoníaca é a forma mais grave que o demônio pode influenciar no ser humano, ele elenca ainda diversos tipos de influências que podem ser: distúrbio externo, em que a pessoa pode receber ataques físicos do demônio; vezações diabólicas, em que a pessoa é atingida no dia a dia, como na saúde, tra-

---

todos imposta e recusar-se a cumprir a prestação alternativa fixada em lei.

12 FORTEA, José Antônio. Summa Demoníaca; tratado de demonologia e manual de exorcistas. Editora: Palavra e Prece. 2010. P.17

13 Escola “MaterEcclesiae”. Curso: O Ocultismo. P. 101

balho , relacionamentos; Obsessão diabólica, em que a pessoa pode ter uma dupla personalidade, com a vontade livre, mas oprimida por pensamentos obsessivos, além de ter pensamentos suicidas; Infestações diabólicas, em que o maléfico atinge lugares fixos, como casas, objetos, escritórios; sujeição diabólica, em que a pessoa faz um pacto explícito ou implícito com o demônio.

Possessões Diabólicas: é a forma mais grave e comporta a presença permanente do demônio em um corpo humano, embora a ação maléfica não seja contínua: as crises alternam com momentos de repouso. Implica manifestações temporárias e de bloqueio mental, intelecto e volitivo. Podem desencadear reações violentas, conhecimentos de línguas desconhecidas da pessoa, força sobre-humana, conhecimento de coisas ocultas ou do pensamento alheio. É típica a aversão ao Sagrado, essencialmente acompanhada de blasfêmia. Mas é preciso estar bem prevenido sobre as camuflagens diabólicas.<sup>14</sup>

## Sobrenatural e Doenças Psiquiátricas

Alguns atos da possessão podem se confundir com doenças mentais ou psíquicas, porém, para que seja configurada a possessão, a igreja católica exige critérios severos, visto que, não é qualquer atividade estranha ou fato surpreendente que pode ser configurado como possessão, somente quando não ocorra uma explicação natural para o ato que foi analisado.

Em presença de um pretense possessão, portanto, o cristão aplicará o chamado “princípio da economia” (economia de explicação preternaturais), isto é, primeiramente procurará elucidar o caso segundo os mais modernos conhecimentos da psicologia e da medicina, proporcionando ao paciente o tratamento que estas ciências lhe possam eventualmente indicar. Somente se tal terapêutica se mostrar de todo vã, será plausível pensar em intervenção preternatural. E, para que se possa falar propriamente de possessão diabólica, tornar-se-á necessário, outrossim, que o paciente dê sinais de evidente revolta contra Deus ou de impiedade, imoralidade, falsas crenças, etc. Às vezes dizem os teólogos, são somente estes sinais de oposição a Deus que caracterizam o estado de possessão diabólica; os sintomas concomitantes de neurastenia podem não se diferenciar, em absoluto, dos que acompanham a epilepsia ou a histeria. Verifica-se pois, que há estados patológicos (histéricos, epiléticos, neuroicos...) causados por possessão diabólica, assim como há os que nada têm que ver com tal intervenção do Maligno: por vezes é difícil, à primeira vista, distinguir entre uns e outros. O demônio parece servir-se de certas tendências patológicas da vítima para manifestar a sua presença no corpo da mesma.<sup>15</sup>

No livro “Exorcistas e Psiquiatras” do padre Gabriele Amorth, existe

14 MANZOTTI, Reginaldo. Batalha Espiritual: entre anjos e demônios. Editora Petra, 2017, p. 50.

15 Escola “MaterEcclesiae”. Curso: O Ocultismo. P. 103.

um depoimento de um neurofisiologista da Itália, com o nome de Giovanni Guariglia que acredita em possessão demoníaca e como trabalha junto a um exorcista para ajudar o paciente.

A colaboração com o exorcista é feita da seguinte maneira: se o sacerdote considera uma pessoa que a ele se dirige sofre de perturbações psíquicas ou outras patologia, envia-a mim. Após ter ouvido atentamente a pessoa em questão escrevo um relatório com minhas impressões. A maior parte das pessoas que me são enviadas têm perturbações mentais ou psicológicas, salvo um ou outro caso que manifesta perturbações, mas não relacionadas com patologias habituais. O exorcista já é capaz de discernir quem sofre de fenômenos de possessão ou de maléficos e apenas me envia aqueles casos que lhe parecem essencialmente de foro médico.<sup>16</sup>

Porém, com o avanço da tecnologia e a descoberta de várias doenças psiquiátricas, um trabalho em conjunto de um sacerdote autorizado pelo bispo, junto com um psiquiatra e psicólogo, pode ajudar a descobrir o real problema da pessoa, visto que, se não for nenhuma patologia reconhecida, sendo encaminhada para um padre responsável.

Mesmo sendo casos com menos frequência, tem que ser uma ciência mais estudada pelo ordenamento jurídico, para que se tenha todo o processo legal na esfera penal.

### **Possível Medida de Segurança Para Possessos**

Como visto no tópico anterior, a possessão demoníaca para ser provada, tem que passar por várias etapas antes que possa se chegar ao exorcismo, para que seja excluída qualquer hipótese de doença mental: *A igreja, sociedade sobrenatural, admite necessariamente a possibilidade e a existência de fatos sobrenaturais, mas Ela exige, para os mesmos, provas seguras, que pairam acima de qualquer dúvida. Ela quer a verdade, não a probabilidade, por maior que esta seja.*<sup>17</sup>

Assim, com uma equipe composta por psicólogo, psiquiatra e um padre autorizado a realizar o Rito, que seja feito um relatório comprovando a possessão e conseqüentemente demonstrar como prova no processo, pois seria feito por peritos do assunto.

Assim sendo, o judiciário aceitando esse relatório como prova para o julgamento, pode sentenciar uma pena justa para o acusado, sendo uma excluída da culpabilidade para o ato ocorrido.

Com isso, caso seja comprovado que um Possesso cometeu uma infração penal, o juiz por analogia ao tratamento ambulatorial, pode sentenciar uma medida de segurança, que seria o exorcismo, pois essa medida tem como finalidade a cura da possessão e que o infrator não cometa novamente algum

16 AMORTH, Gabriele. Exorcistas e Psiquiatras. Editora: Palavra e Prece. 2010. P. 158.

17 Escola "MaterEcclesiae". Curso: O Ocultismo. P. 104.

ato criminal.

Para que o agente se livre do demônio, existe na igreja o rito do exorcismo, em que é muito fantasiado pelos filmes no mundo.

No Código Canônico, na página 389, diz que o exorcismo é um rito instituído pela Igreja para afastar de uma pessoa, coisa ou lugar o influxo do demônio, esse Rito, de acordo com o Cãnone (ou cânón) 1172<sup>18</sup> só pode ser realizados por padres que forem escolhidos pelos bispos locais, não cabendo o Rito a pessoas não autorizadas.

O site do Vaticano explica sobre a importância da escolha do Bispo e a proibição de pessoas que não tenham licença para a realização do rito.

Destas prescrições, segue-se que não é lícito aos fiéis cristãos utilizar a fórmula de exorcismo contra Satanás e os anjos apóstatas, contida no Rito que foi publicado por ordem do Sumo Pontífice Leão XIII; muito menos lhes é lícito aplicar o texto inteiro deste exorcismo. Os srs. Bispos tratem de admoestar os fiéis a propósito, desde que haja necessidade.

Por fim, pelas mesmas razões, os srs. Bispos são solicitados a que vigiem para que - mesmo nos casos que pareçam revelar algum influxo do diabo, com exclusão da autêntica possessão diabólica - pessoas não devidamente autorizadas não orientem reuniões nas quais se façam orações para obter a expulsão do demônio, orações que diretamente interpelem os demônios ou manifestem o anseio de conhecer a identidade dos mesmos.<sup>19</sup>

No Código Canônico não existe um item específico que fale sobre o exorcismo, com isso, será abordado a explicação inicial do tema feita pelo Catecismo da Igreja Católica, um livro aceito pelo Vaticano, que foi promulgado e publicado em 11 e setembro de 1992, pelo Papa João Paulo II na Constituição Apostólica FIDEI DEPOSITUM, onde foi redigido o livro após a realização do Concílio Vaticano II.

No Capítulo IV, artigo 1, parágrafo 1673, o Catecismo fala sobre o ato do exorcismo e quem é a autoridade autorizada a praticá-lo, visto que nem todas as pessoas tem a autorização para realizar o ato, pois é visto com muito cuidado.

**1673.** Quando a Igreja pede publicamente e com autoridade, em nome de Jesus Cristo, que uma pessoa ou objecto seja protegido contra a acção do Maligno e subtraído ao seu domínio, fala-se de *exorcismo*. Jesus praticou-o (7) - e é d'Ele que a Igreja obtém o poder e encargo de exorcizar (8). Sob uma forma simples, faz-se o exorcismo na celebração do Baptismo. O exorcismo solene, chamado

18 Cânón 1172 do Código Canônico: Ninguém pode legitimamente exorcizar os possessos, a não ser com licença especial e expressa do Ordinário do lugar. § 2. Esta licença somente seja concedida pelo Ordinário do lugar a um presbítero dotado de piedade, ciência, prudência e integridade de vida.

19 [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19850924\\_exorcism\\_po.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19850924_exorcism_po.html). Acesso dia 24/11.

«grande exorcismo», só pode ser feito por um presbítero e com licença do bispo. Deve proceder-se a ele com prudência, observando estritamente as regras estabelecidas pela Igreja (9). O exorcismo tem por fim expulsar os demónios ou libertar do poder diabólico, e isto em virtude da autoridade espiritual que Jesus confiou à sua Igreja. Muito diferente é o caso das doenças, sobretudo psíquicas, cujo tratamento depende da ciência médica. Por isso, antes de se proceder ao exorcismo, é importante ter a certeza de que se trata duma presença diabólica e não duma doença.<sup>20</sup>

O padre Reginaldo Manzotti reafirma a obrigação do ato do exorcismo ser realizado por um padre nomeado pelo Bispo, não podendo ser feito por qualquer pessoa, além do ato ser feito apenas após averiguação médica da pessoa, para saber se não é uma doença psíquica.

A celebração litúrgica do exorcismo se dá após um exame, com todos os meios ao alcance, que virá verificar se realmente se trata de alguma intervenção diabólica.

Devo lembrar e frisar, mais uma vez, que este rito de exorcismo maior compete somente aos sacerdotes nomeados por bispos. Por isso, peço que nenhum leigo se arrisque a enfrentar diretamente o inimigo.<sup>21</sup>

O padre Gabriele Amorth, que foi o exorcista número 1 do Vaticano, explica que o exorcismo é mais uma etapa para que se tenha a confirmação da possessão, pois é durante o rito que será encontrado ou não o maligno: *Se o exorcista considera que tem motivos suficientes, pode avançar com um breve exorcismo, que antes de mais nada tem a finalidade de diagnóstico: porque só mediante o exorcismo se pode ter a certeza de que nos encontramos, ou não perante um maléfico.*<sup>22</sup>

Assim, em caso de uma defesa em tribunal que defenda que o agente estava possuído no ato criminoso, que possa ser feito uma averiguação responsável e segura, com a confirmação de um padre autorizado para esse feito ou bispo do alegado. Tendo assim o réu o direito a um julgamento mais justo e sem risco de ter uma sentença que tenha prejuízo, em que possa ser aprisionado ou internado por causa de suspeita de problemas psicológicos.

## Considerações Finais

Sabe-se que o tema abordado nesta pesquisa é polêmico e que muitas pessoas tem medo e até receio de tratar, já outros até tratam com desdém. Acredita-se que já passou da hora que o tema pesquisado seja abordado, pois são casos que ocorrem no dia a dia, com várias pessoas, tanto pelo mundo, quanto no Brasil. Espera-se que esse estudo venha criar uma luz sobre tal

20 Catecismo da Igreja Católica. Editora Loyola Jesuítas. 2017. P. 456

21 MANZOTTI, Reginaldo. Batalha Espiritual: entre anjos e demónios. Editora Petra, 2017. P. 127.

22 AMORTH, Gabriele. Exorcistas e Psiquiatras. Editora: Palavra e Prece. 2010. P. 77.

assunto, para que mais pesquisas sejam feitas e cada vez mais possa ser discutida.

O ordenamento jurídico brasileiro tem sempre que evoluir em prol de ter um julgamento mais justo em prol do réu, para que não ocorram injustiças em casos emblemáticos e complicados. Observa-se que o Código Penal brasileiro foi criado em 1940 e passou por muitas modificações para que fosse modernizado e atualizado para que ficasse mais coerente com a sociedade em que vivemos. Com isso, pode-se reparar que seria mais um avanço para o Código Penal e nas ações nos casos julgados, podendo ter até mesmo o réu ter um projeto melhor para a sentença dos casos concretos, visto que nos fatos estudados nessa pesquisa, não serão abordados crimes ou atos simples, mas complexos e que são poucos debatidos.

O Brasil em sua Constituição Federal vigente considera o país como um Estado Laico, ou seja, em que cada pessoa pode professar sua fé, sem que aja preconceito ou intolerância sobre a mesma. Sabe-se também que o Estado Laico não pode favorecer apenas uma religião em detrimento de outra, mas a pesquisa em foco presa pelo estudo da possessão com base na Doutrina Católica.

Nesse sentido, destaca-se a necessidade de evolução do estudo de casos em que possa ter ocorrido a possessão demoníaca, em que será tratado com igualdade de valores, para que se tire a imagem apenas fantasiosa do tema.

Não é apenas uma afirmação “Ele estava possuído na hora do ato” pode livrar uma pessoa de uma punição pelo Estado e tampouco uma simples afirmação de um padre ou pastor que isso seria verídico. Pelos estudos, para confirmar tal possessão, o acusado deve passar por procedimentos, em que vão estar envolvidos padres, psicólogos e psiquiatras para dar tal veredicto da confirmação da possessão demoníaca ou não.

Assim sendo, uma pessoa especialista no assunto, dando um parecer sobre o caso que for chamado para estudar sobre, pode demonstrar se o réu está possuído ou não.

Sendo confirmada a possessão, que seja realizada a medida de segurança, que seria o exorcismo, aplicada analogicamente ao tratamento ambulatorial, descrito no artigo 96, inciso II do Código Penal Brasileiro.

Tal estudo deve ser feito com cautela, para que não ocorram casos de má fé, por isso o meio probatório do parecer de um religioso responsável e que seja analisado como causa de exclusão da culpabilidade do agente. Tal análise será benéfica para o réu, em que não tenham sentenças errôneas e que não poderão ser revertidas futuramente, seja preso por anos por algo que não teve animus de cometer o ato ou internado com diagnóstico de possível doença psiquiatra, a qual que não possui.

## Referências

AMORTH, Gabriele. **Exorcistas e Psiquiatras**. Editora Palavra & Prece, 2006

- AMORTH, Gabriele e Paolo Rodari. **O Último Exorcista**. Editora Ecclesiae, 2012
- BIERRENBACH, Sheila de Albuquerque. **Teoria do Crime**. Ed. Lumen Juris, 2009
- MANZOTTI, Reginaldo. **Batalha Espiritual**. Ed. Petra, 2017
- FERNANDES, Newton. **Criminologia integrada**. Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- FORTEA, José Antonio. **SVMMA Daemoniaca, Tratado de Demonologia e Manual de Exorcistas**. Editora Palavra & Prece, 2010
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Editora: Impetus, 2015
- HURWITZ, Stephan. **Criminologia. Trad. de F. Haro-Garcia**. Editora Ariel, 1956
- MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal: Esquematizado**. Editora: Método, 2005
- SILVA, Jose Geraldo da. **Teoria do crime: história do direito penal: a lei penal**. Ed. Millennium, 2010
- ZAFFARONI, Eugenio Raul, 1927. **Criminologia y psiquiatria**. Ed. Revista dos Tribunais, 2009
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Cristianismo e direito penal: proximidades e influencias**. Revista dos Tribunais n. 591, v.74, 1985. P.446 -450
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Direito penal brasileiro**. Ed. Revan, 2003
- Escola Mater Ecclesiae – Curso por correspondência: O Ocultismo.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. Edit. JusPodivm.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. Ed. Impetus, 2011.
- PAGLIUCA, José Carlos Gobbi. **Direito Penal: Parte Geral**. Ed. Rideel, 2009
- Catecismo da Igreja Católica**. Ed. Loyola, 2000.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Ed. Saraiva, 2014.
- PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino**. Editora Forense, 2018.
- TAKAYANAGI, Fabiano Yuji. Os momentos probatórios no Direito Processual Penal. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo.

# ENTRE O DEVER ESPECIAL E A LIBERDADE INDIVIDUAL: OS LIMITES OBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

**Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa**

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior do Ministério da Educação da República Federativa do Brasil

## **Resumo:**

O estudo pretende analisar as hipóteses que ensejam a posição de garante do médico, na intersecção existente entre o dever de atuar para a promoção da saúde do paciente e liberdade individual deste em se recusar ao tratamento indicado, a partir de um paradigma de respeito à autonomia do paciente. Tradicionalmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que, na hipótese de o médico deixar de atuar para salvar a vida do paciente sob seus cuidados, estaria caracterizada a posição de garantidor pela assunção voluntária do dever de evitar o resultado (art. 13, §2º, b, do Código Penal brasileiro). Propõe-se que a manifestação contrária do paciente em receber o tratamento descaracterizaria a imputação da possibilidade de agir do médico exigida pela posição de garantia, de forma a negar a sua especial vinculação em relação a proteção do bem jurídico sob tutela. Para tanto, necessário se faz adotar uma visão não paternalista na relação médico-paciente.

**Palavras-chave:** Dogmática penal; Direito penal da medicina; Crimes omissivos impróprios; Posição de garantia; Imputação objetiva.

## **Introdução**

O esgotamento das discussões dogmáticas a respeito dos temas da parte geral reabriu espaço para discussão de temas específicos em Direito penal, dentre eles o Direito penal econômico e o Direito penal médico. No âmbito das intervenções médicas, e tendo em vista a relevância dos bens jurídicos envolvidos em seu trabalho, uma série de situações controversas podem ser verificadas. Na relação médico-paciente, verifica-se o paradoxo existente entre



o dever de atuar para a promoção da saúde do paciente e liberdade individual deste em se recusar ao tratamento indicado. No tocante à incidência da norma criminalizadora sobre a atuação médica, pode-se vislumbrar tanto proibições em provocar lesões corporais ou impor um constrangimento ilegal àquele que está sob seus cuidados, quanto mandamentos de condutas, impondo-lhe deveres de salvamento e garantindo a vida do paciente.

O presente estudo se restringe a esta segunda hipótese. Isto é, pretende analisar as situações nas quais se pode afirmar configurada a posição de garantia do médico, seus limites formais e materiais, e as causas de seu afastamento. Sob um ponto de vista paternalista, impõe-se ao médico a manutenção da vida do paciente a qualquer custo, obrigando-lhe uma conduta de salvamento pela relação de proteção ao bem jurídico posto em seu cuidado. De outro lado, uma perspectiva orientada pela autonomia sustentará que o direito do paciente de recusar tratamentos afastaria a responsabilidade por omissão, inclusive obrigando o médico a deixar de atuar.<sup>1</sup>

Tradicionalmente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que, na hipótese de o médico deixar de atuar para salvar a vida do paciente sob seus cuidados, estaria caracterizada a posição de garantidor pela assunção voluntária do dever de evitar o resultado (art. 13, §2º, b, do Código Penal brasileiro). No entanto, a primazia da autonomia sobre o dever especial de evitação da morte sob qualquer circunstância (art. 146, §3º, do CPB) impõe uma revisão do conteúdo da posição de garantidor a partir de uma perspectiva normativa. A questão dogmática que perpassa essa discussão diz respeito a problemas práticos sobre o afastamento da responsabilidade do médico e sobre quais elementos caracterizadores da omissão imprópria recairiam.

## Características Básicas da Posição de Garantia

A questão da imputação penal por omissão, sem sombra de dúvidas, ainda gera muitas discussões e controvérsias na dogmática penal. Mesmo não sendo um problema novo na doutrina em geral, a prática tem trazido à baila casos controversos no que toca à atribuição de responsabilidade. Hipóteses impensáveis em um direito penal democrático,<sup>2</sup> ancorado na proteção subsidiária de bem jurídicos e no princípio da responsabilidade subjetiva. O retorno aos requisitos indispensáveis para a configuração do tipo objetivo dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão<sup>3</sup>, nesse sentido, se

1 Sobretudo SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 32.

2 No Brasil vide: ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 30. Vide também: COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

3 Quanto à sua nomenclatura, vide o pioneiro estudo de MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes Omissivos no Brasil**. Curitiba: UFPR, 1982, p.23 e BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p.219. Crítico em relação a denominação dos crimes omissivos impróprios ou comissivos por omissão e favorável a fórmula de Jescheck de omissão qualificada, vide TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes**

faz necessária para firmar os pressupostos sem os quais se pode ou não punir quem quer que seja por deixar de fazer algo. A doutrina tem apontado diversas exigências. Tradicionalmente apontam-se entre elas: a) *de uma situação de perigo para o bem jurídico tutelado*; b) *da omissão da ação devida*; c) *evitação do resultado típico*<sup>4</sup>; d) *da posição de garantidor*; e) *da possibilidade de atuar para evitar o resultado*. Correntes teóricas mais recente ainda incluem outros dois requisitos adicionais, quais sejam a) *a causalidade* e b) *a imputação objetiva*.<sup>5</sup>

Uma visão estritamente formalista da construção da omissão imprópria, fazendo referência à conjugação da norma proibitiva com a norma mandamental (contida na cláusula do art. 13, §2º, da parte geral do Código Penal brasileiro), desconsidera qualquer substrato material em relação à norma penal. Em outras palavras, desestima sua função de proteção contra lesões ou exposições à perigos concretos a um bem jurídico penalmente tutelado, com base em uma finalidade racional de evitação de práticas danosas.<sup>6</sup> Na omissão imprópria, justamente pelo fato de não possuir um tipo expresso na parte especial, é imprescindível a relação do omitente com determinado bem jurídico veiculado em um crime comissivo, em decorrência de um dever especial de proteção.<sup>7</sup>

Tal menoscabo ao bem jurídico não é possível de ser compatibilizado com a opção direcionada à funcionalização que o direito penal passou a admitir, principalmente depois da segunda metade do século XX. Desta maneira, no contexto de um Estado de Direito, extrai-se do texto constitucional, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais, cláusulas materiais e invioláveis, impostas como limites ao poder estatal. A adoção de uma teoria material do dever coloca o conceito de bem jurídico no centro da discussão, exigindo a efetiva lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico para que fique constatada a existência de um dever exigível penalmente, não sendo suficiente a mera

---

**Omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 312.

4 Vide BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal.** Parte General. Madrid: Akal. 1997, p. 392.

5 Especialmente em ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p. 183. Dentre os autores que não exigem causalidade e imputação objetiva para a configuração dos delitos omissivos impróprios: FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal:** parte geral. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 290; REGIS PRADO, Luiz. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 332; SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal:** Parte Geral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, pp. 204 e ss.

6 ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 18-19. Sobre a importância da necessidade de uma lesão de terceiros para a configuração de um bem jurídico penalmente relevante vide VON HIRSCH, Andrew. El concepto del bien jurídico y el “principio del daño”. In HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico.** Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 37 e ss. Na literatura pátria a respeito do estado atual da teoria do bem jurídico vide COSTA, Helena Regina Lobo. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. In GRECO, Luis (Org) **Direito penal como crítica da pena.** Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 133 e ss.

7 ESTELITTA, Heloisa, **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão,** op. cit., 2017, p. 31.

adequação formal normativa às hipóteses de garantidor.

Como lembra ainda Muñoz Conde, “*omitir é um verbo transitivo, sempre que se omite se omite algo*”.<sup>8</sup> Deixar de fazer, no sentido jurídico-penal, sempre possui como referência uma ação mandada pela norma impositiva. Para o mesmo autor, “*a omissão penalmente relevante, a nível do tipo de injusto do delito, é a omissão da ação esperada*”,<sup>9</sup> logo, a ação imposta pela norma mandamental. Não se trata, a nosso ver, de referência à ação propriamente dita, mas sim ao dever de agir imposto pela norma. Consuma-se a omissão impura<sup>10</sup>, ao nível típico, quando o agente, querendo ou não observando o cuidado requerido, deixa de atuar conforme o mandamento normativamente previsto, produzindo um resultado lesivo ou concretamente perigoso ao bem jurídico protegido.

Diga-se, independentemente de qualquer base ideológica libertária<sup>11</sup>, não há um dever geral para que todos os indivíduos evitem resultados típicos produzidos por terceiros, o que tornaria insustentável a vida em sociedade.<sup>12</sup> Nessa senda, em clara simpatia com a teoria formal do dever jurídico, previu-se no art. 13, § 2º do Código Penal, ser relevante a omissão apenas quando alguém: a) tenha por lei a obrigação de cuidado; b) por outra forma, assumiu a responsabilidade de evitar o resultado; ou ainda c) por comportamento anterior tenha criado risco de ocorrência de lesão. Entretanto, no estudo de cada uma dessas hipóteses é possível submeter a incidência da criminalização a limites específicos, sejam eles quanto a) à função do direito penal de protetor de bens jurídicos concretos (com a criação de deveres de assistência e proteção), seja quanto b) ao dever de vigilância sobre uma fonte de perigo (com mandamentos de controle e segurança).<sup>13</sup>

Na estrutura do delito omissivo impróprio como de infração de um de-

8 MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 266 e ss. Nossa tradução.

9 MUÑOZ CONDE, **Teoria geral do delito**. Trad. Juarez Távares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, p. 30.

10 Quanto a opção pela expressão “omissão impura”, vide FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora/RT, 2007. p.913.

11 Vide NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado y Utopia**. Madrid: Editorial Innisfree, 2015, p. 20 ess.

12 Assim: ESTELITTA, Heloisa, **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**, op. cit., 2017, p. 31.

13 Acerca das teorias das funções na seara dos delitos impróprios de omissão: KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289 e ss. Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, **Teoria geral do delito**, op. cit., p. 36. Na mesma linha BUSATO, **Direito penal**, op. cit., p. 296. Também TAVARES, **Teoria dos crimes omissivos**. São Paulo: Marcial Pons, 2012. Referente ao critério material do dever de garante, denominando-o “domínio sobre a causa do resultado vide inicialmente SHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 275 e ss. Ainda do mesmo autor: La responsabilidad por un delito impróprio de omisión. In **Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de Política Criminal**. Buenos Aires: Fabian di Placido, 2004, p. 30 e ss. Mais recente vide ainda seu estudo “Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmático, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In **Estudios de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia de Direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.169 e ss.

ver é que surge a referência à chamada posição de garantidor. Segundo Bacigalupo, “*não é um elemento de autoria exclusivo dos delitos impróprios de omissão, porque também nos delitos tipificados, nos quais se exige evitar um resultado, o omitente é garante*”.<sup>14</sup> No entanto, quando se traz à discussão o dever de garantia, ainda não se está a tratar da imputação do resultado, mas tão só refere-se ao *desvalor da conduta*. A imputação, ao se tratar de um delito de resultado, depende necessariamente da lesão do bem jurídico penalmente tutelado. Além do que, se deve apurar se realmente havia condições e possibilidades fáticas da realização da ação que evitaria tal resultado (*realização do risco no resultado*), hipótese em que, se for impossível, nada se poderá imputar ao agente ou, sendo o caso, somente restará configurada a modalidade tentada.<sup>15</sup> Com as disposições relativas ao dever de garante, ficam estabelecidas as balizas dogmáticas sobre as quais se erigem o *desvalor da conduta* nos crimes omissivos impróprios. Por outro lado, há um requisito adicional exigido pelo art. 13, § 2º, CP, isto é, a possibilidade física de agir. Esta liga-se não mais ao desvalor da conduta, mas mediatamente ao *desvalor do resultado*, em relação à sua evitação.

A aferição de tal circunstância deve ser pautada segundo “*as condições, habilidades, deficiências ou especial informação do sujeito omitente e não de um suposto homem prudente*”.<sup>16</sup> Bacigalupo, em estudo monográfico sobre o tema, contrariamente a Welzel e Kaufmann, aponta a possibilidade de evitar o resultado como pressuposto da posição de garante e não como seu limite. Para o autor, “*se pode ser garante somente na medida em que se está em condições de evitar o resultado*”.<sup>17</sup> O dever, assim, somente diz respeito ao *desvalor da ação*, analisado segundo critérios *ex ante*.<sup>18</sup> Sobre o *desvalor do resultado*, que se analisa *ex post*, nada é possível dizer apenas com a análise do dever de agir. Este, por seu turno, pode subsistir mesmo que não haja imputação do resultado referente à concreta posição de garantidor.<sup>19</sup>

Em relação à possibilidade de agir para evitar o resultado, Bacigalupo a divide em dois elementos sem os quais não é possível sequer analisar se

14 BACIGALUPO, Enrique. **Delitos improprios de omisión**. Buenos Aires: Pannedille, 1969, p. 263. No original: “no es un elemento de la autoría exclusivo de los delitos improprios de omisión, porque también en los delitos tipificados en los que se exige evitar un resultado el omitente es garante”.

15 Especialmente, no Brasil, vide GRECO, Luís. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018. Também, anteriormente, em GRECO, Luis. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades** (Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código penal, 2012, p. 44.

16 TAVARES, **Teoria do crime culposo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 487.

17 BACIGALUPO, **Delitos improprios de omisión**, op. cit., p. 111.

18 GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código penal. In. LEITE, Alaor (org.) **Reforma penal**. A crítica científica à parte geral do projeto de Código penal. São Paulo: Atlas, 2015, p. 109. Originalmente em GRECO, Luís. Kausalität- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikt. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Aufgabe 8-9/2011, p. 676.

19 ROCHA, **A relação de causalidade no direito penal**, op. cit., p. 184.

o sujeito possuía ou não o dever de garantia: a) a possibilidade física real de evitação; e b) os pressupostos intelectuais da idoneidade da evitação.<sup>20</sup> Assim, não se pode garantir a proteção de um bem jurídico além do que permitem os limites da própria realidade. Aqui opera a possibilidade física de atuar. Tal elemento funciona mediante um juízo hipotético, a ser verificado no caso concreto com base nos conhecimentos próprios da pessoa obrigada, em nível de probabilidade, em que a ação que deveria ser realizada pelo omitente teria evitado a lesão, com uma segurança próxima aos limites da certeza.<sup>21</sup> Em outra vertente do mesmo fenômeno estão os pressupostos intelectuais, que se referem ao conhecimento do autor de determinadas circunstâncias em relação ao dever de garantia. Entre os elementos intelectuais, o que aqui nos interessa, seguindo as lições de Bacigalupo, seria o conhecimento da tipicidade, isto é, a percepção de que com determinada omissão possa-se lesionar um bem jurídico. Para o autor não basta apenas um “*ter de conocer*” ou um “*poder conocer*”, mas uma consciência concreta da ação requerida pela norma mandamental, e não de qualquer outra.<sup>22</sup> Ora, é de se questionar, nesse ponto, se a cognição do consentimento prévio do paciente afasta ou não a ação requerida pelo dever jurídico. Se o paciente nega o tratamento a ele oferecido, em que pese a própria lei penal brasileira apresentar causa de justificação para a atuação do médico quando em caso de iminente perigo de vida, a intervenção não se justificaria pela oposição de vontade contrária impeditiva de sua ação, de modo a afastar sua obrigação. De todo modo, esse é um raciocínio que somente se justifica a partir de uma correção normativa dos pressupostos de imputação dos crimes omissivos impróprios.

## A Imputação da Omissão Imprópria

Desde Kaufmann, a limitação material da posição de garante, isto é, a submissão dos deveres formais à função de proteção de bens jurídicos e ao dever de vigilância sobre uma fonte de perigo tem o papel de limitar o possível alargamento da atribuição do dever de agir, que permitiria, ao mais das vezes, responsabilidade penal pela mera posição.<sup>23</sup>

Outrossim, há de se ressaltar que não raras vezes, com o objetivo de restabelecer ou melhorar a saúde do paciente, o médico acaba por escolher técnicas que coloquem em perigo de lesão ou até mesmo lesem a integridade física do paciente. No Direito penal português a exclusão da responsabilidade penal do médico está prevista no art.150, I do Código Penal, segundo o qual se a conduta do médico se destinar a prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, lesão ou fadiga corporal, não há de ser considerada sua conduta como ofensa a integridade física. No tradicional Direito penal brasileiro esta

20 BACIGALUPO, **Delitos improprios de omisión**, op. cit., p. 125.

21 BACIGALUPO, **Delitos improprios de omisión**, op. cit., p. 125.

22 BACIGALUPO, **Delitos improprios de omisión**, op. cit., p. 126.

23 KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 289 e ss.

situação estaria abrangida na hipótese de exclusão da ilicitude do exercício regular de um direito (*lex artis*), a partir de uma leitura estrita do art. 146, § 3º, do Código Penal brasileiro.<sup>24</sup>

Ocorre que o funcionalismo teleológico, na tentativa de superar tanto a teoria causalista quanto a finalista, alterou o conteúdo do tipo objetivo. Desde o causalismo naturalista, entende-se o tipo objetivo como o conjunto esquemático de ação,nexo causal e resultado. O finalismo pouco alterou esse esquema, apenas trouxe ao tipo o componente subjetivo consubstanciado na finalidade (dolo). A imputação objetiva vem justamente para promover a modificação dessa representação do tipo em ação, resultado e causalidade.<sup>25</sup> E este é, aqui, o ponto decisivo. Para que o fato seja considerado objetivamente típico – e aqui se inclui a omissão imprópria – seria imprescindível um conjunto de requisitos que fariam de uma causação (ou não impedimento do resultado), uma causação típica, violadora da norma, ou, em outras palavras, objetivamente imputável.<sup>26</sup> Esses requisitos seriam: a) a criação ou o incremento de um risco juridicamente desaprovado; e b) a realização deste risco no resultado. No primeiro critério esbarrariam as ações que não criam ou aumentam riscos e as que, mesmo perigosas, respeitam as exigências de cuidado e são, por isso permitidas. No caso de intervenções cirúrgicas seguindo os preceitos da *lex artis*, o médico que age conforme as normas não teria praticado um homicídio.<sup>27</sup>

Não basta somente a criação ou incremento do risco, mas que o resultado seja decorrência desse risco, sendo o segundo critério a realização do risco. O exemplo é o famoso caso citado por manuais da vítima de um ferimento de bala que falece em virtude do tombamento da ambulância. O risco criado pelo autor do crime não se realizou no resultado, sendo substituído por outro.<sup>28</sup> Com a teoria da imputação objetiva houve uma reestruturação do esquema do tipo objetivo, o qual aqui se seguirá, sendo a partir de agora necessário para sua caracterização, a ação/omissão, o nexo de causalidade, o resultado, a criação ou incremento de um risco juridicamente desaprovado e a realização deste risco no resultado.<sup>29</sup>

A imputação, portanto, obriga uma análise condicional de determinada conduta ter criado um risco juridicamente desaprovado de lesão a um bem jurídico.<sup>30</sup> Sob essas circunstâncias, Roxin afirma categoricamente que a im-

24 “§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; (...)”. Sobre a doutrina tradicional vide SIQUEIRA, **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**, op. cit., p. 30.

25 GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 6-7.

26 GRECO, **Imputação objetiva**, op. cit, p. 7.

27 GRECO, **Imputação objetiva**, op. cit, p. 8.

28 GRECO, **Imputação objetiva**, op. cit, p. 8.

29 GRECO, **Imputação objetiva**, op. cit, p. 9.

30 Roxin deriva a ideia de exposição a risco do conceito de bem jurídico. Cfr. ROXIN, Claus.

putação do tipo objetivo só é um problema de parte geral nos casos dos denominados *delitos de resultado*, os quais exigem a ocorrência de um resultado lesivo no mundo exterior, dando-se em um momento temporal e espacial distinto da ação, sendo certa a exigência do tipo penal da lesão para que haja a consumação do crime.<sup>31</sup> Com base nessas premissas é possível diferenciar dois momentos primordiais: a imputação do comportamento e a imputação do resultado. No primeiro, Roxin considera o “*comportamento pessoalmente imputável*”, isto é, o primeiro critério para que algo possa ser considerado como ação ou omissão.<sup>32</sup> As causas de exclusão importam na ausência da imputação do comportamento. Já em uma segunda etapa, seria necessário acrescentar a imputação do resultado, determinante para dotar a conduta de conteúdo. Aqui estariam os critérios por ele pensados, com base na ideia de criação de um risco, para a atribuição do resultado.<sup>33</sup>

Os crimes omissivos impróprios, nesse sentido, decorrem do dever de evitar um *resultado* típico previsto em um tipo comissivo na parte especial. Partindo dessas conclusões prévias é que se pode afirmar que os critérios da teoria da imputação objetiva deveriam ser aplicados aos chamados delitos omissivos impróprios na nova conformação de seu tipo objetivo.

A situação em discussão, que diz respeito a abstenções consentidas, encontra-se na determinação de atos em que há o dever de atuar do médico e este se omite. Em consonância com a doutrina majoritária, tese segundo a qual já nos aderimos anteriormente,<sup>34</sup> a posição de garante do médico decorreria da assunção fática da função de proteção (art. 13, § 2º, b, do Código Penal brasileiro), o que decorreria do domínio sobre o desamparo da vítima, decorrente do ato de confiança do paciente.<sup>35</sup>

Além disso, aderimos a posição de Siqueira, segundo a qual “o médico que respeita a vontade do paciente não cria um risco para sua vida, mas na verdade deixa de afastar um risco já existente”<sup>36</sup>. No âmbito da imputação haveria de se analisar, no entanto, se a conduta do médico incrementou ou não o risco da produção do resultado. Nos parece que deixar de fazer algo que poderia salvar a vida de um paciente, permitindo seu perecimento, aumenta

---

**Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, p. 148. Sobre as bases epistemológicas da teoria de Roxin vide: ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

31 Nesse sentido ROXIN, **Derecho penal (Tomo I)**, p. 345. Nas palavras de Roxin: “La imputación al tipo objetivo solo es un problema de la Parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor (...). En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada (§123) o el falso testimonio (§154), la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la Parte especial”

32 ROXIN, **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**, p. 161.

33 Anteriormente em COSTA, Victor; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. In BUSATO, Paulo et al. (org.). **Perspectivas das Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016, p. 530.

34 COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios**. Belo Horizonte: D`Plácido, 2017.

35 SIQUEIRA, **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**, op. cit., p. 386.

36 SIQUEIRA, **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**, op. cit., p. 385.

o risco de um eventual resultado morte. Isso cria um problema se tentamos resolver o afastamento da responsabilidade no caso do consentimento do paciente a partir do ponto do desvalor da conduta.

A relevância penal da omissão surge como exigência de um comportamento para embasar a responsabilidade penal. A ausência de tal requisito permite a punição a partir de mera violação de deveres em divergência com a necessidade de lesão a um bem jurídico. Essa referência ao comportamento centra-se na voluntariedade da omissão, entendida como evitabilidade fundamentada na possibilidade de ação que evitaria o resultado.<sup>37</sup>

Todavia, importante lembrar que o fundamento de legitimidade da punição pela via da omissão há de repousar, em última análise, nos limites gerais da liberdade no que diz respeito à configuração do mundo.<sup>38</sup> Nesse sentido, a liberdade do paciente há de ser considerada como causa impeditiva da possibilidade de agir do médico, a incidir sobre o desvalor do resultado. Em outras palavras, o risco é pré-existente à conduta do médico. A sua não-ação, de um modo ou outro, incrementa o risco da ocorrência do resultado. No entanto, o médico está impedido de atuar pela vontade contrária do paciente. Em que pese a possibilidade física de agir, desde Kaufmann, seja tratada como conceito ontológico, isto é, dependente da ação concreta de quem tenha o dever de atuar, ela é corrigida pelo raciocínio da imputação objetiva, especialmente no tocante a realização do risco no resultado.

Sob uma perspectiva pós-finalista, talvez em Schünemann, com sua teoria do domínio sobre o fundamento do resultado,<sup>39</sup> se encontre a perspectiva normativa pela qual se possa delimitar a possibilidade física de agir. Segundo Aires de Souza, seguindo a linha do autor alemão, a obrigação de evitar o resultado demandaria: 1) o quadro de funções e competências que delimitam o dever de garantia; e 2) a possibilidade de cumprimento desses deveres identificada pelo domínio dos fatos ocorridos em seu espaço de responsabilidade, capazes de expor a perigo o bem jurídico tutelado.<sup>40</sup> A possibilidade de agir, assim, estaria limitada pela ideia normativa de domínio, a restringir o dever e atuar como condição de existência da posição concreta de garantia. De todo modo, inegável a necessidade de superação da possibilidade de agir como categoria meramente ontológica.

## Conclusão

Propõe-se assim que a manifestação contrária do paciente em receber o tratamento descaracterizaria a possibilidade de agir do médico exigida pela

37 PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal: Parte Geral**. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 72.

38 PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal: Parte Geral**. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 72.

39 SCHÜNEMANN, Bernd. **Grund und Grenzen der unrechten Unterlassungsdelikte**. Göttingen: Otto Schwartz Verlag, 1971, pp. 95 e ss. Na tradução em espanhol: SHÜNEMANN, Bernd. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 275 e ss.

40 SOUZA, Susana Aires. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa**. Lisboa: Almedina, 2019, p. 72.



omissão penalmente relevante, em especial pelo fato de afastar seu domínio por evitar a lesão a bem jurídico penalmente tutelado. Nega-se, assim, a especial vinculação do médico em relação ao resultado lesivo eventualmente produzido do bem jurídico posto sob sua tutela. Para tanto, uma revisão do conceito formal de garante adotado pelo direito penal brasileiro faz-se necessária à luz de uma visão não paternalista na relação médico-paciente. Isso decorre da exigência de um raciocínio de imputação objetiva na configuração do crime omissivo impróprio, caracterizado majoritariamente pela doutrina como crime de resultado.

Portanto, considerando serem a causalidade e a imputação objetiva requisitos indispensáveis para a caracterização do tipo objetivo nos delitos comissivos por omissão, o não-fazer no caso de negativa de autorização do paciente deve importar na descaracterização da realização do risco no resultado lesivo, em decorrência da limitação normativa da possibilidade de agir do médico pela vontade contrária do paciente pela ausência de domínio quanto ao fundamento do resultado. Da mesma forma, mesmo a hipótese de recusa de tratamento, a prestação de cuidados paliativos, como conduta alternativa conforme o direito, afastaria a imputação do resultado e, assim, a tipicidade quando assim o paciente o desejasse.

## Referências

- BACIGALUPO, Enrique. **Delitos impropios de omisión**. Buenos Aires: Pannedille, 1969.
- BACIGALUPO, Enrique. **Principios de Derecho Penal**. Parte General. Madrid: Akal. 1997.
- BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- COSTA, Helena Regina Lobo. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do harm principle. In GRECO, Luis (org.). **Direito penal como crítica da pena**. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- COSTA, Victor; SÁNCHEZ RIOS, Rodrigo. Causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios. In. BUSATO, Paulo; SÁ, Priscila; SCANDELARI, Gustavo (org.). **Perspectivas das Ciências Criminais: coletânea em homenagem aos 55 anos de atuação profissional do Prof. René Ariel Dotti**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.
- COSTA, Victor. **Crimes omissivos impróprios**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- ESTELLITA, Heloisa. **Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão**. São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**. Parte Geral. Coimbra: Coimbra Editora/RT, 2007.
- FRAGOSO, Heleno. **Lições de direito penal: parte geral**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In. ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3ª ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Kausalität- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikt. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Aufgabe 8-9/2011.

\_\_\_\_\_. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto 236/2012 do Senado Federal). **Revista Liberdades** (Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais). São Paulo, Edição Especial – Reforma do Código penal, 2012.

\_\_\_\_\_. **Problemas de causalidade e imputação objetiva nos crimes omissivos impróprios**. Trad. Ronan Rocha. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

KAUFMANN, Armin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

MUNHOZ NETTO, Alcides. **Os crimes omissivos no Brasil**. Curitiba: UFPR, 1982.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal**: Parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ CONDE, **Teoria geral do delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Fabris.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado y Utopia**. Madrid: Editorial Innisfree, 2015.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal**: Parte Geral. Lisboa: AAFDL, 2019.

REGIS PRADO, Luiz. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROCHA, Ronan. **A relação de causalidade no direito penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **Reflexões sobre a problemática da imputação em direito penal**. In. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais do direito penal**. Trad. Ana Paula Natscheradetz. Lisboa: Vega, 2004.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal**: Parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Colledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: Parte Geral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHÜNEMANN, Bernd. La responsabilidad por un delito improprio de omisión. In **Delincuencia empresarial**: cuestiones dogmáticas y de Política Criminal. Buenos Aires: Fabian di Placido, 2004.

\_\_\_\_\_. Sobre a posição de garantidor nos delitos de omissão imprópria – possibilidades histórico-dogmático, materiais e de direito comparado para escapar de um caos. In **Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia**

**de Direito.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

\_\_\_\_\_. **Grund und Grenzen der unrechten Unterlassungsdelikte.** Göttingen: Otto Schwartz Verlag, 1971.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia.** Madrid: Marcial Pons, 2009.

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito penal da medicina.** São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SOUZA, Susana Aires. **Questões fundamentais de Direito Penal da Empresa.** Lisboa: Almedina, 2019.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, Juarez. **Teoria dos Crimes Omissivos.** São Paulo: Marcial Pons, 2012.

VON HIRSCH, Andrew. El concepto del bien jurídico y el “principio del daño”. In HEFENDEHL, Roland (org.). **La teoría del bien jurídico.** Madrid; Marcial Pons, 2007.

# A (I)LEGITIMIDADE DO PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL NO CONTEXTO DA MEDICINA: O PARADOXO ENTRE A PROMOÇÃO DO BEM-ESTAR E O RESPEITO À AUTONOMIA DO PACIENTE

Ana Paula Cardoso Leal

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

## Resumo:

No ordenamento jurídico brasileiro, o tratamento dogmático das intervenções médico-cirúrgicas reflete uma concepção paternalista de promoção do bem-estar. Por um lado, a tradicional ética médica fundada no juramento hipocrático justifica as intervenções médicas não consentidas por meio do axioma de que a saúde deve ser promovida a qualquer custo. Por outro, as interpretações de juristas e filósofos sobre a questão os levaram a interceder em defesa do direito de autodeterminação e do respeito à autonomia como meios de impedir a instrumentalização dos indivíduos. Diante disso, vale questionar: seria legítimo violar, de modo arbitrário, a autonomia do paciente em prol da “boa finalidade” de promover sua saúde? Responder a essas questões de modo crítico é o objetivo geral dessa pesquisa. Para tanto, a metodologia aplicada será a indutiva e tomar-se-á por base o funcionalismo de Roxin. A pesquisa é pertinente pela necessidade de delimitação do âmbito de legitimidade da atuação do médico.

**Palavras-chave:** Paternalismo; Autonomia; Intervenção Médica.

## O Paternalismo

Colocando-se em voga a origem latina do termo “paternalismo”, que remete ao significado de “pai”, chefe da família patriarcal, é possível regressar às bases hierárquicas que continuamente incidem sobre a noção de tutela de vulneráveis. Extrapolando o supracitado aspecto etimológico, esse termo designa também contornos de outras diversas instâncias sociais paralelas à ação paternal. Nesse contexto, a figura paterna comumente imbuí-se da responsabilidade de interferir nas escolhas e comportamentos de seus filhos dependentes e incapazes a fim de prevenir lesões e trazer-lhes benefícios. Trata-se

de uma postura destinada a proteger-lhes e preservar seus interesses, direcionando suas decisões ou até mesmo agindo em seus lugares. Dá-se, assim, o estabelecimento dos dois polos assimétricos da relação paternalista: aquele que pretende proteger e aquele que supostamente precisa ser protegido. De maneira análoga, o Estado também pratica uma administração paternal, em alguns casos, ao objetivar suprir as necessidades ou regular a vida dos indivíduos. Tal paradigma foi bem sintetizado por David Archard (1990, p. 36) ao enunciar que a essência do paternalismo é a usurpação da escolha de alguém, para seu próprio bem, feita por outra pessoa.

É a partir daí que se pode discutir uma análise mais restrita a respeito do paternalismo jurídico-penal, imposto pelo Estado de modo coercitivo. Nesses casos, diante da presunção de que a pessoa não está apta a compreender o que é melhor para si mesma, o Estado impõe leis que objetivam garantir-lhe um bem ou evitar-lhe um mal. No âmbito penal, proíbe-se um comportamento para evitar a lesão a um bem jurídico, ainda que contra a vontade do seu titular. A discussão aqui abordada se refere, nesse sentido, aos casos em que a lei priva o indivíduo (paciente) de uma escolha sob ameaça de pena a um terceiro (médico) – trata-se do paternalismo indireto, classificado, inclusive, em oposição ao paternalismo direto, segundo o qual a ameaça de pena incidiria diretamente sobre o próprio indivíduo (FEINBERG, 1986, p. 27). Inere-se, para todos os efeitos, que o benefício a ser atingido pelo tutelado é sempre mais importante que sua própria autonomia.

Essa postura, no entanto, reflete grave restrição do direito à autodeterminação, que está vinculado, *stricto sensu*, ao respeito à autonomia e à valorização do sujeito, atrelado à própria razão, hegemonia e liberdade. A respeito do tema, Rigopoulou (2007, p. 346) afirma que leis paternalistas tendem a ignorar interesses individuais, retirando do agente qualquer chance de se opor à medida protetiva. Feinberg (1986, p. 27) explica quais as decorrências dessa violação:

Aqueles que experimentaram ou podem experimentar hipoteticamente em suas imaginações o perturbador constrangimento justificado inteiramente por bases paternalistas vão testemunhar que seu ressentimento não é mera frustração ou antipatia. Essa situação tem preferencialmente o sabor da indignação moral e do ultraje. O seu descontentamento não se justifica somente porque eles foram desnecessariamente submetidos a uma situação inconveniente ou “irritante”, mas principalmente porque, de algum modo, eles se sentiram violados, invadidos, depreciados. Eles experimentaram algo análogo à invasão de sua propriedade ou à violação de sua privacidade. Eles querem protestar em termos como “Eu estou no comando aqui”, “Ninguém pode me dizer que eu devo fazer com meu próprio tempo” e “O que eu faço com a minha própria vida não é da conta de mais ninguém”. Os sentimentos de indignação, em suma, são aqueles provocados por um senso de usurpação da prerrogativa justa de

alguém.<sup>1</sup>

No contexto da medicina, adotar uma postura dogmática penal tradicional significa legitimar intervenções estatais paternalistas na integridade física dos pacientes. Segundo essa perspectiva, cabe ao Estado tutelar sua vida, saúde e bem-estar, privando-os da possibilidade de escolher se desejam ou não ser submetidos a determinadas intervenções ou tratamentos. Assim, impede-se que o paciente hierarquize seus próprios valores e, por conseguinte, realize suas próprias escolhas existenciais. É daí que surge o paradoxo entre a promoção do bem-estar e o respeito à autonomia. No ordenamento jurídico brasileiro, portanto, o tratamento dogmático das intervenções médico-cirúrgicas reflete uma concepção paternalista de promoção do bem-estar. Nesse sentido, a relação paradoxal sobrevém quando se questiona, do ponto de vista ético, a respeito da valorização da autonomia do paciente. A partir daí cabe discutir qual desses valores deve ser priorizado.

## A Autonomia

Derivado da junção dos radicais gregos “autos” (“si mesmo”) e “nomos” (“norma, lei”), o termo designa, basicamente, a determinação das próprias regras. O indivíduo autônomo é, pois, aquele que guia sua vida segundo seus próprios ideais e concepções de mundo, isto é, segundo a sua própria concepção de vida boa, livre de qualquer fator subjugante. No plano jurídico, a autonomia é transfigurada no direito à autodeterminação. Grande parte das concepções filosóficas, inclusive associadas aos estudos de Kant, Platão, Aristóteles, Rousseau, dentre outros, concebem que o direito à autonomia está relacionado à promoção do bem-estar na medida em que se identifica como uma possibilidade de desenvolvimento das aptidões do indivíduo, em uma vida que lhe dê objetivos e lhe possibilite a efetiva realização das propensões universais humanas (FEINBERG, 1986, p. 57). Nesse sentido é temerário o despreço pela autonomia tendo em vista que esse conceito é inerente ao indivíduo em seu elemento mais personalíssimo.

O “próprio bem” de uma pessoa está analiticamente ligado ao conceito de seus interesses pessoais, mas esses interesses podem variar consideravelmente entre as pessoas, então não há concepção de ninguém a respeito de um bem pessoal que pode ser aplicada a todas as

---

1 No original: Those who have experienced, or can experience hypothetically in their imaginations, irksome constraints justified wholly on paternalistic grounds, will testify that their resentment is not mere frustration or antipathy. Rather it has the full flavor of moral indignation and outrage. Their grievance is not simply that they have been unnecessarily inconvenienced or “irked,” but rather that in some way they have been violated, invaded, belittled. They have experienced something analogous to the invasion of their property or the violation of their privacy. They want to protest in such terms as “I’m in charge here,” “No one can tell me what I must do with my own time,” and “What I do with my own life is no one else’s business.” The indignant feelings, in short, are those provoked by a sense of one’s rightful prerogatives having been usurped.

peças. (FEINBERG, 1986, p. 57).<sup>2</sup>

Os fundamentos constitucionais que legitimam essa perspectiva de respeito à autonomia são, principalmente, a dignidade humana e a liberdade individual, já que é deles que ela deriva. A dignidade, enquanto valorização da condição humana por si só, isto é, enquanto humanidade como fim em si mesma, não pode ser um padrão externo imposto aos indivíduos porque pessoas têm concepções diferentes acerca daquilo que é digno para si.

## **A autonomia como fundamento de uma crítica ao paternalismo no contexto médico**

O paradoxo a que aqui nos referimos consiste, em suma, na seguinte contraposição: por um lado, a tradicional ética médica fundada no juramento hipocrático justifica as intervenções médicas não consentidas por meio do axioma de que a saúde deve ser promovida a qualquer custo. Por outro, as interpretações de juristas e filósofos sobre a questão os levaram a interceder, respectivamente, em defesa do direito de autodeterminação e do respeito à autonomia como meios de impedir a instrumentalização dos indivíduos (KASECKER; SIQUEIRA, 2019, p. 70).

Essa problemática pode ser bem ilustrada pelos casos de recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. De acordo com essa crença, a realização desse procedimento violaria princípios religiosos, por contrariar o que preveem diversas passagens bíblicas. Por isso, aquele que professa essa fé tende a recusar qualquer tipo de tratamento envolvendo a transfusão, mesmo que isso implique colocar sua vida em risco. Considerando-se a situação hipotética de risco supracitada, entrariam em choque os direitos fundamentais à vida e à liberdade religiosa, tendo como pano de fundo o direito à autodeterminação. Nessa situação, o direito penal, por meio do paternalismo, valeria-se de sua própria hierarquização de valores para determinar o que é melhor para o paciente. O fato é que a recusa do tratamento configura manifestação de sua autonomia, derivada da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a liberdade individual básica enquanto capacidade de autodeterminação, isto é, de orientação da vida segundo convicções próprias, é, nesses casos, completamente desrespeitada.

Diante dessas circunstâncias, seria ilegítimo violar, de modo arbitrário, a autonomia do paciente em prol da “boa finalidade” de promover sua saúde. Isso porque, acima de tudo, de nada vale promover a saúde de alguém às custas de sua dignidade, que é o direito mais básico, inerente à condição humana por si só e que se refere à concepção de vida boa adotada pelo próprio sujeito – aliás, a própria Constituição Federal consagra a dignidade humana como

---

2 No original: The concept of a person’s “own good” is analytically linked to the concept of his personal interest, but interests may vary considerably among persons so that there is no one conception of a personal good that applies to everyone.

substrato dos demais direitos fundamentais, além de reconhecer o pluralismo que, por si só, já pressupõe o respeito à individualidade. Diante disso, o conteúdo da decisão é irrelevante, pois em se tratando de uma decisão plenamente autônoma, ela deve ser respeitada de qualquer forma. A crítica que aqui se propõe, nesse contexto, se refere ao fato de que, em se tratando de sujeitos plenamente capazes e livres de qualquer fator exógeno subjuguante que macule a voluntariedade de sua decisão, não há motivos para que o Estado imponha uma valoração referente a escolhas existenciais individuais. Dessa forma, conclui-se que o único critério capaz de atribuir legitimidade à intervenção médica é o consentimento livre e informado do paciente.

## **A adoção da solução do consentimento**

A Constituição Federal de 1988 atribui valor proporcional aos direitos à vida, à liberdade e à dignidade humana (da qual decorre o direito de autodeterminação), não havendo preponderância do direito à vida ou mesmo um “dever de viver”. Daí a necessidade de se reinterpretar sua lógica que autoriza o “exercício regular de direito de profissão” pelo médico, visando priorizar a dimensão do respeito à vontade dos pacientes. Nesse sentido, adotar uma ética de valorização da autonomia significa colocar o consentimento informado como pressuposto fundamental para assegurar a legitimidade das intervenções médico-cirúrgicas. Isso porque, nessa perspectiva, a falta do mesmo poderia fundamentar o injusto de dois delitos, um contra a liberdade de ação e outro contra a integridade física (GRECO; SIQUEIRA, 2017, p. 651). (Para nós, a integridade física abrange não somente o aspecto biológico, mas também a abstração que é o direito de autodeterminação sobre o próprio corpo). Portanto, a conduta do médico que realiza uma intervenção contra a vontade ou sem o consentimento do paciente, deve ser encaixada respectivamente nos tipos penais de constrangimento ilegal e lesão corporal (respectivamente artigos 146 e 129 do Código Penal Brasileiro).

Esse consentimento, para ser eficaz, precisará ser considerado válido e, para tal, ser necessariamente prévio, pleno, livre e informado. Significa dizer, em um primeiro momento, que o consentimento deve preceder qualquer ato médico. Além disso, é pressuposto que esse seja pleno e livre, ou seja, concedido de maneira autônoma e voluntária, estando livre de vícios da vontade. O próximo requisito está diretamente ligado ao dever de esclarecimento do médico, isto é, seu dever de explicar ao paciente todas as possíveis consequências do tratamento, bem como as possíveis alternativas, para que ele possa tomar uma decisão informada acerca da intervenção. Tais pressupostos se vinculam diretamente à liberdade da decisão, isto é, trata-se de um consentimento dado sem qualquer tipo de coerção ou ameaça. Nesse contexto, vale lembrar que aqui nos referimos a pessoas efetivamente capazes de decidir por si próprias, critério esse que não se vincula, necessariamente, à capacidade civil. Não cabe nesse momento, no entanto, definir especificamente os critérios necessários



para determinar essa capacidade.

Assim, uma Testemunha de Jeová que recusa uma transfusão de sangue tem consciência das consequências da ausência de tratamento para sua saúde, mas, mesmo reconhecendo esse valor, procede a uma ponderação que prioriza a consciência religiosa em detrimento da saúde ou mesmo da própria vida; segundo o paradigma da autonomia, essa ponderação feita pelo paciente há de ser respeitada pelo médico. Com isso, na ética da autonomia o paciente se emancipa do jugo médico; torna-se sujeito e deixa de ser objeto da intervenção médica. Ao paciente incumbe, enfim, a decisão acerca dos tratamentos a que deseja ou não ser submetido. (SIQUEIRA, 2019, p. 42).

Diante disso, a questão que fica em aberto é: como solucionar os casos em que o paciente não se encontra em condições de fornecer o consentimento válido? Por um lado, seria possível recorrer-se ao estado de necessidade, o que seria equivocado se levarmos em conta que essa figura se relaciona a bens jurídicos de pessoas diferentes. Por outro, podemos recorrer ao consentimento presumido, que se relaciona a conflitos envolvendo bens jurídicos de uma mesma pessoa. Essa figura é mais adequada porque, ao contrário do estado de necessidade, se apoia em uma ponderação subjetiva de interesses, de modo que se torna possível uma análise de bens jurídicos do paciente a partir de seus próprios valores, evitando uma ponderação externa essencialmente paternalista. Isso porque, de acordo com a concepção liberal de bens jurídicos aqui adotada, isto é, de bens jurídicos referidos ao indivíduo, esses só podem ser protegidos de acordo com a vontade de seu titular. Aliás, se interpretarmos estritamente o artigo 146, §3º, I do Código Penal Brasileiro, dispositivo que trata justamente do constrangimento ilegal, nos casos em que há perigo de vida e o paciente se encontra inconsciente, o médico não poderia atuar contra a sua vontade (interpretação tradicional), mas somente sem o seu consentimento, o que concretiza exatamente o consentimento presumido.

## Conclusões

Diante do que foi exposto, concluímos pela ilegitimidade do paternalismo jurídico-penal no contexto da medicina tendo como fundamento a inviolabilidade da autonomia enquanto direito fundamental decorrente da dignidade humana. Por conseguinte, no que tange às intervenções médicas paternalistas, a autonomia é colocada no topo da hierarquia de princípios a serem respeitados. Dessa forma, a solução do caso de recusa de transfusão de sangue por testemunha de Jeová, que utilizamos como exemplo, é de que a ponderação feita pelo paciente deve ser respeitada, dada sua recusa expressa por uma decisão plenamente autônoma, isto é, livre de qualquer vício. Caso o médico a desrespeite, diante da ausência de consentimento, deverá ser punido a título de lesão corporal.

A título de curiosidade, vale mencionar a Resolução 2.232 de 17 de ju-

lho de 2019. Tal dispositivo editado pelo Conselho Federal de Medicina apresentou uma série de avanços quanto ao respeito à autonomia dos pacientes, inclusive permitindo-lhes a recusa terapêutica. No entanto, ao final, em seu art. 11, revogou tudo o que foi dito ao autorizar as intervenções não consentidas, como já é feito na realidade, em situações de urgência e emergência que caracterizarem iminente perigo de morte. Portanto, não trouxe novidades, mas acabou por reforçar a postura paternalista que já nos parece atemporal, reforçando também, por sua vez, o grau de atraso do Brasil. Sequer é possível saber ao certo o motivo pelo qual a Resolução foi editada.

## Referências

ALEMANY, Macario. **El concepto y la justificación del paternalismo**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig, 2005.

ARCHARD, David. **Paternalism defined**. Analysis, Oxford, vol. 50, n. 1, p. 36-42, 1990.

BARRETO NETO, Heráclito Mota. Paternalismo jurídico-penal, autonomia e vulnerabilidade: critérios de legitimação de intervenções paternalistas sobre a autonomia individual em matéria penal. **Revista de criminologia e políticas criminais**, MG, vol. 1, n. 2, p. 112-143, 2015.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 15-59, 2010.

BEIERI, Mônica; IANNOTIII, Giovano de Castro. O paternalismo e o juramento hipocrático. **Revista Brasileira de Saúde Materno-Infantil**, Recife, vol.10, p. 383-389, dez., 2010.

BELTRÃO, Silvio Romero. Autonomia da vontade do paciente e capacidade para consentir: uma reflexão sobre a coação irresistível. **Revista de Direito Sanitário (Portal de revistas da USP)**, São Paulo, v.17, n.2, p. 98-116, jul./out., 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p98-116>. Acesso em: 28 de agosto de 2019.

BEYLEVELD, Deryck; BROWNSWORD, Roger. **Human dignity in bioethics and biolaw**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CAMBRAIA, Flávia Siqueira. **Autonomia, consentimento e direito penal da medicina**. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ESTELLITA, Heloísa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, vol. LVI, p. 333-341, jul./ago./set., 2007.

FEINBERG, Joel. **Harm to self: the moral limits of criminal law**. New York: Oxford University Press, 1986.

GRECO, Luís; SIQUEIRA, Flávia. Promoção da saúde ou respeito à autonomia? Intervenção cirúrgica, exercício de direito e consentimento no direito penal médico.

**Boletim da faculdade de direito da universidade de Coimbra (Estudos em homenagem ao prof. Doutor Manuel de Costa Andrade)**, Coimbra, vol. 1, p. 643-665, 2017.

KASECKER, Izabele; SIQUEIRA, Flávia. Consentimento informado, intervenções cirúrgicas e esterilização involuntária: reflexões a partir do caso I. V. vs. Bolívia. **Revista Brasileira de Ciências Criminas (RBCCrim)**, São Paulo, vol. 152, n. 27, p. 65-87, 2019.

KOVÁCS, Maria Julia. A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Revista Bioética**, Brasília, v. 22, n. 1, p. 94-104, jan./abr., 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S1983-80422014000100011>>. Acesso em: 29 de agosto de 2019.

MALISKA, Marcos Augusto; CARVALHO, Fabrício. Direitos sociais e paternalismo no contexto do Estado Social. **Revista Esmat**, v. 10, n. 15, p. 131-148, ago. 2018. Disponível em: <[http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista\\_esmat/article/view/247/218](http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/247/218)>. Acesso em: 17 set. 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArts, 2014.

MÖLLER, Letícia Ludwig. **Direito à morte com dignidade e autonomia: o direito à morte de pacientes terminais e os princípios da dignidade e da autonomia da vontade**. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: Bridge to the future**. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice-Hall, 1971.

PUPPE, Ingeborg. **La justificación de la intervención médica curativa**. Barcelona: Indret, 2007. Disponível em [http://www.indret.com/pdf/404\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/404_es.pdf).

RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, vol. 56, p. 346. 2007.

ROXIN, Claus. **A proteção da vida humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br/> Acesso em: 23 de março de 2019.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal (parte general): Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Gráficas Rogar, S. A., 1997.

SENSEN, Oliver. **Kant on moral autonomy**. Louisiana: Cambridge University Press, 2013.

SILVA, José Antônio Cordero. **Autonomia versus paternalismo médico: perfil bioético dos egressos do laboratório de cirurgia experimental do curso de medicina da UEPA**. 2013. Tese (Doutorado em Bioética). Universidade do Porto, Porto, 2013.

# RESPONSABILIDADE PENAL DO MÉDICO NO USO E NA PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS DEFEITUOSOS PARA FINS ESTÉTICOS

**Filipe Oliveira de Melo**

Mestrando em Ciências Criminais e Direito Penal pela Universidade de Lisboa; Pós-graduado em Direito Penal e Medicina pela Universidade de Lisboa; Pós-graduado em Direito Penal e Cinema pela Universidade de Lisboa; Especialista em Direito Penal Econômico, Internacional e Europeu pela Universidade de Coimbra

## **Resumo:**

O objetivo deste artigo é analisar a responsabilidade penal do profissional médico no uso e na prescrição de medicamentos defeituosos. Via de regra, as discussões do direito penal da medicina giram em torno do ato médico negligente ou arbitrário e nas consequências jurídico-penais desse ato, com poucas exceções materialmente distintas dessa ordem de problemas. Nesse âmbito, a negligência médica é frequentemente analisada apenas sob a perspectiva da correção do ato médico em si frente às regras técnicas e da *leges artis*. Todavia, o estágio avançado tecnológico e informativo em que atualmente se encontra a medicina reclama o questionamento de outros níveis de responsabilidade penal médica, como o consentimento do paciente nos novos canais de comunicação, as medicinas alternativas e a responsabilidade na prescrição e uso de medicamentos defeituosos. Com relação à prescrição e uso de medicamentos, é preciso reconhecer, desde logo, que não se trata de um problema propriamente novo no exercício da medicina, uma vez que o erro na terapêutica é justamente o centro sobre o qual gravitam a maior parte dos casos de imputação penal ao médico. No entanto, desde o último século, assiste-se ao crescimento exponencial da indústria farmacêutica, cuja consequência - quiçá principal - foi a multiplicação de novas fórmulas de medicamentos que tanto se destinam ao tratamento de antigas e novas enfermidades como passaram a ser elaboradas para objetivos diversos da finalidade terapêutica em sentido estrito (curativa), como os medicamentos e substâncias para fins estéticos. Paralelamente, nota-se, na medicina convencional, a criação de métodos cirúrgicos com finalidade embelezadora. Em síntese, aumentou-se o número de novos medicamentos e substâncias medicinais na mesma medida em que se aumentaram as possibilidades de intervenções médicas embelezadoras. Tal quadro fornece ao médico/cirurgião plástico uma liberdade terapêutica na escolha de métodos, substâncias e medicamentos que não está presente nas outras espe-

cialidades médicas, posto que, em geral, as intervenções médicas embelezadoras não se assentam numa real necessidade clínico-curativa do paciente, mas na liberdade de decidir sobre o próprio corpo e no projeto de imagem que o paciente tem ou queira ter sobre si. Essa condição de maior liberdade na eleição dos métodos e das substâncias medicinais traz a reboque a expansão da responsabilidade médica também sobre os produtos que utiliza nos seus procedimentos estéticos ou que prescreve aos seus pacientes. Não se trata de responsabilidade sobre o defeito de fabricação do produto ou substância, mas do maior rigor jurídico-normativo sobre o ato de escolha do médico. Tal discussão nos levará a rediscutir, necessariamente, as principais temáticas envolvendo a responsabilidade penal do médico, notadamente a violação das *legis artis* por profissionais especializados e os conhecimentos especiais do agente. As conclusões poderão não ser tão óbvias quanto possam parecer à primeira vista, uma vez que as normas penais têm sido constantemente tensionadas no ramo da medicina face a sua já reconhecida complexidade e, agora, sua internacionalidade. O presente estudo será guiado pelo método científico-dedutivo, recorrendo-se a pesquisa bibliográfica especializada acerca da temática da responsabilidade penal médica.

**Palavras-chave:** Responsabilidade penal médica; Cirurgia estética; Produtos e medicamentos defeituosos; *Leges artis* médica; Conhecimentos especiais.

### **Breves apontamentos sobre a responsabilidade criminal médica**

Ante a sua relevância social, a medicina disfruta de uma consideração especial perante o Direito. No código penal português (doravante, CPP), tal relevância é ainda mais acentuada e materializada no “contratipo penal” do artigo 150, nº 1. O dispositivo se justifica pelas particularidades do exercício da medicina, pois se por um lado esta atividade frequentemente encerra em lesões não desprezíveis a integridade física, por outro lado tais lesões são infligidas para a melhoria do quadro geral de saúde do paciente. O exercício da medicina, por isso, possui um valor social intrínseco resultante da sua finalidade curativa (elemento subjetivo) (GOMES RODRIGUES, 2007, p.229-230) e da sua base técnica-científica (elemento objetivo).

No presente estágio social e tecnológico, contudo, tanto a finalidade curativa como a base científica sofrem tensões naturais advindas da velocidade na produção e compartilhamento de novas técnicas e conhecimentos. Já não se pode afirmar, por exemplo, que a finalidade curativa consiste exclusivamente na cura e no tratamento de doenças ou lesões físicas ou que as intervenções médicas de ordem estética sejam, sem mais, incompatíveis ao regime do artigo 150, nº 1, do CPP – principalmente diante da sua redação elástica (“com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram

ofensa à integridade física”).

A propósito, Romeo Casabona define o tratamento médico cirúrgico como “aquela atividade profissional do médico destinada a diagnosticar, curar ou aliviar uma enfermidade, a preservar – direta ou indiretamente – a saúde ou melhorar o aspecto estético de uma pessoa”. (CASABONA, 1990, p. 12). Tampouco é possível afirmar que a base técnica e científica oferece total segurança quanto ao seu conteúdo, uma vez que a todo o momento novas fronteiras do conhecimento são ultrapassadas e sobre esses novos conhecimentos paira sempre uma nuvem de incerteza e de transitoriedade.

### **A prescrição de medicamentos e o uso de substâncias medicinais: o papel do médico frente aos produtos e substâncias defeituosas**

Com relação aos remédios e demais substâncias médicas, assiste-se a um incremento massivo na fabricação, comercialização e divulgação de novos medicamentos. Essa realidade – com benefícios óbvios – impõe dificuldades que afetam diretamente o exercício da atividade médica. Ao médico de hoje se requer atualização diária sobre novos medicamentos, novas práticas e sobre a regulação das matérias pertinentes a sua área de atuação, como preceitua o artigo 4º, n.8, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos (doravante CDOM). Esse imperativo de atualização e aperfeiçoamento profissional é reforçado quando se tem em vista a liberdade terapêutica que compõe a relação médico-paciente.

A liberdade terapêutica (artigo 7º, n. 2, do CDOM) oferece uma margem de atuação ao médico, dentro dos limites das *leges artis* e do consentimento, na qual o profissional pode optar pelo uso de novas técnicas e terapêuticas; essa liberdade, entretanto, é ainda condicionada por instrumentos normativos que visam a proteção<sup>1</sup> da saúde pública e individual, reduzindo os fontes de risco que circundam esses bens jurídicos essenciais.

Não é excessivo sublinhar que tal proteção não vem por acaso, já que a incumbência do Estado em regulamentar e fiscalizar a produção, distribuição e comercialização de produtos farmacêuticos e outros meios de tratamento e de diagnóstico possui natureza constitucional expressada no artigo 64, “e”, da Constituição da República Portuguesa. De tal dever constitucional é natural que surjam regulamentações setoriais e niveladas, como as contraordenações previstas no artigo 181 do Decreto-Lei 176/2006 (Estatuto do Medicamento).

Tanto as contraordenações do referido decreto-lei como o tipo penal previsto no artigo 282 do CPP visam envolver as condutas do circuito produtivo-econômico que possam desestabilizar a integridade das substâncias medicinais e/ou que as aproxime ao ato de consumo (DIAS, 2009, p.503-505). A técnica legislativa adotada, seja para as referidas contraordenações, seja para o ilícito penal do artigo 282º, prescinde da verificação de um dano, sendo

<sup>1</sup> Como o Decreto-Lei 176/2006 (Estatuto do Medicamento)

suficiente a constatação, para fins de consumação do referido tipo penal, de que se criou “deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem”.

Dito isto, conclui-se que o referido tipo penal se insere naquela denominação tão debatida pela doutrina que é a dos crimes de perigo. No caso, um crime de perigo comum concreto (DIAS, 2009, p.495). O fato de se tratar de um crime de perigo concreto e poder ser realizado por um agente sem qualificações especiais indicia a relevância do bem jurídico em causa<sup>2</sup>, pois antecipa a proteção penal ao mesmo tempo que aceita qualquer indivíduo como potencial agressor ao bem jurídico protegido.

Nesse quadro, o profissional médico exerce uma posição de extrema relevância nessa cadeia de consumo, que é justamente na prática de atos médicos nos quais se utilizam medicamentos ou produtos em favor dos seus pacientes, como cirurgias, aplicações de Botox e implante de próteses. É de tal forma relevante que se pode identificar na atividade médica uma função de padrão crítico da qualidade e procedência das substâncias, medicamentos e produtos, na medida em que cabe ao médico conhecer a integridade daquilo que prescreve ou utiliza em suas funções.

Longe de dizer que o médico possui, com isso e sem mais, uma posição de garante após o uso de um determinado medicamento ou produto. Porém, dada a proximidade factual entre o médico e o paciente; a natural relação de confiança entre esses sujeitos; o conhecimento razoável sobre os medicamentos que utiliza; e a liberdade terapêutica, é de se prever a criação de uma expectativa social acerca do papel do médico, cuja consequência é a exigência por mais cautela do médico na prescrição e no uso de substâncias, medicamentos ou produtos. O rompimento das expectativas comportamentais traduz-se, geralmente, em desejo por responsabilização. Para além disso, a proximidade factual e normativa de um indivíduo com o bem jurídico penal tutelado embasa um desejo coletivo e normativo por cuidado e responsabilização em eventual falta no impedimento de lesões ou ações perigosas em detrimento do bem jurídico protegido.

## **O crime de corrupção de substâncias**

A modificação da estrutura típica do antigo artigo 273º do CPP para o atual artigo 282º quanto a expressão anterior “de forma a criar perigo” para “criar deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem” revela a intenção do legislador em realçar, na atual redação, o desvalor do resultado criado pela ação desvaliosa.

A referida alteração da estrutura típica gerou uma discussão na doutrina, principalmente quanto ao bem jurídico protegido na fórmula típica precedente e na atual e como o perigo criado pela ação deveria se projetar sobre o bem

---

2 A discussão a respeito do bem jurídico protegido pela referida norma será exposta em tópico específico.

jurídico. Enquanto antes da reforma legislativa de 1995 a saúde pública – vista como um conjunto de condições voltadas à garantir a boa qualidade da vida – era aceita como o bem tutelado pelo tipo do artigo 273º, pois o perigo criado pela conduta deveria, numa perspectiva *ex ante*, ser apta a produzir riscos genéricos, mas apuráveis, para a coletividade; na atual redação, o perigo criado deve se projetar concretamente sobre a saúde de sujeitos indeterminados, assim, não basta que a conduta seja em si perigosa, mas que também represente um perigo concreto para “outrem” (DIAS, 2009, p.505-506). Essa aproximação do momento consumativo do tipo penal ao perigo concreto, afastando-se a consumação, por conseguinte, da ação abstrata perigosa, direciona a atenção para os elementos mais palpáveis do fato criminoso, como o dano e a relação factual entre autores e vítimas.

Na posição em que se encontra com relação ao paciente – potencial vítima de um produto medicinal defeituoso – ao médico se exige cautela no uso dos medicamentos e produtos, recaindo sobre ele o encargo de saber se o produto ou medicamento que prescreve é indicado para o prognóstico; se pode ser danoso ao paciente; mas também se é um produto, medicamento ou substância confiável e autorizado pelos órgãos de controle da qualidade e da comercialização de substâncias e produtos médicos.

Essas são exigências básicas do princípio da não lesionar a outrem, mas tal princípio é especialmente reclamado na atividade médica, seja por consistir em atividade com grande e histórica relevância social, seja por imposições de normas deontológicas profissionais. O fato é que ao médico se pede prudência sobre os medicamentos e produtos que utiliza, pois, caso contrário, o ato médico pode encerrar em sérias lesões à vida ou integridade física dos pacientes, sobretudo quando os produtos ou substâncias médicas utilizadas não respeitem padrões mínimos de qualidade ou sua composição e suas consequências não foram suficientemente investigadas.

O médico que compra, guarda e/ou utiliza produtos ou substâncias medicinais naquelas circunstâncias está certamente praticando grave infração deontológica. No entanto, para que essa conduta seja encarada como fato criminoso integrante do conjunto de condutas tipificadas no artigo 282º do CPP, o ato médico deve ser considerado um ato econômico-comercial integrante do circuito de produção ou comercialização de substâncias ou produtos medicinais.

Isso significa uma mudança qualitativa do ato médico, pois quando pratica o ato, o médico o está praticando no exercício da atividade médica: mesmo que se utilize de produtos ou medicamentos e cobre por eles, o ato final é a prestação médica e não a comercialização de bens. A atividade final médica não é o lucro ou a comercialização de bens, mas a finalidade terapêutica. Isto é, o ato médico é axiologicamente distinto dos atos e processos econômicos ou comerciais.

Não se quer dizer com isto que o médico não possa praticar atos de natureza econômica ou comercial. No entanto, caso os pratique, o médico



não estará a exercer a medicina em consonância aos preceitos deontológicos, visto que a relação médico-paciente nunca terá uma natureza comercial, como declaram os códigos de deontologia médica<sup>3</sup>. Não se pode falar, portanto, que um médico que utiliza um medicamento ou produto defeituoso em sua atividade estaria expondo a consumo, entregando para consumo ou vendendo um produto defeituoso, como requer o artigo 282 do CPP. Um médico que faz uso de um produto ou substância para realizar uma intervenção tem como finalidade o tratamento da saúde de outrem utilizando-se dos medicamentos e produtos apenas para alcançar tal fim.

Além disso, para que a conduta seja materialmente típica, também se faz necessário que ponha em risco a saúde pública, o que muito dificilmente será conseguido numa relação restrita e limitada como a relação médico-paciente. Como dito, é no risco produzido à saúde pública em que reside o desvalor da ação do tipo do artigo 282º, portanto na indeterminação de potenciais vítimas. Sendo assim, a hipótese que resta seria quando o médico, por suas próprias mãos, coloca em causa a integridade da substância ou produto médico ou oferece ao consumo do paciente um produto ou medicamento defeituoso, mas não é esse o caso. Portanto, na perspectiva aqui adotada, o médico que adquire um medicamento ou produto defeituoso, alterado ou corrompido e o utiliza no exercício de sua atividade profissional não pratica o tipo penal previsto na alínea “b”, nº 1, do artigo 282º do CPP.

Não obstante a incompatibilidade da conduta acima com citado artigo 282, creio que a conclusão poderia ter sido diferente se algumas circunstâncias estivessem presentes. E seria o caso se, a princípio, a conduta médica citada fosse vista em contraste com o tipo do nº 2, do artigo 150 do CPP.

Isso porque, em primeiro lugar, a necessidade da cautela na checagem da procedência dos produtos se firma, geralmente, quando o profissional médico tem a opção de escolher o produto ou substância de uma marca específica, sem que seja necessário a prescrição de medicamentos para que o paciente os venha a adquirir posteriormente. Assim, trata-se de atos médicos nos quais é o próprio médico quem elege a marca das substâncias, produtos ou medicamentos utilizados em sua intervenção, como é o caso, por exemplo, da escolha da marca de uma toxina ou da marca de parafusos para cirurgias ortopédicas.

Nesses casos, o médico passa a gozar de um *plus* de confiança do paciente, já que nele recai a responsabilidade da melhor escolha do produto ou substância, sendo este dever corolário da norma deontológica prevista no nº 8, do artigo 4º e do artigo 5º, do CDOM. À vista disso, o médico que, podendo – seja no aspecto físico, seja no aspecto intelectual da previsibilidade – e devendo, não verifica a procedência dos produtos, medicamentos ou substân-

---

3 Como afirma o Código de Ética Médica no Brasil no seu capítulo I, incisos IX, X e, especialmente, o inciso XX, que afirma “A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo”. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 27.11.2018 às 14:28

cias que utiliza em seus atos, está certamente violando a norma deontológica que impõe cuidado e prudência.

Mas tal dever de natureza deontológica não é suficiente para fundamentar o juízo de reprovação penal pela via do n° 2, do artigo 150, dado que da violação da *legis artis* não se pode concluir, sem mais, pela violação do dever objetivo de cuidado. Isso porque, as leis da arte médica exercem uma função indiciária – mas não constitutiva – acerca da violação do dever de cuidado objetivo, o que significa dizer que a violação da norma comportamental (nesse caso a *leges artis*) não se traduz automaticamente na violação do dever de cuidado para fins de consumação do ilícito negligente, já que para a configuração dessa espécie delitativa ainda se requer a delimitação e constituição do desvalor da ação acrescida de um desvalor de resultado que fosse previsível e possível evitar pelo agente, conforme as regras de imputação objetiva (MONIZ, 2013, p. 38-39).

A propósito, segundo Silva Dias (2015, p. 121), as leis da arte médica possuiriam uma dupla função. A primeira, uma função descritiva baseada no fato de que as *legis artis* informam o estado atual das técnicas e conhecimentos da medicina. E a segunda, uma função normativa cuja utilidade seria “aferrir a correção da actuação médica e, conseqüentemente, a sua relevância penal como ofensas no corpo ou na saúde” (DIAS, 2015, p. 121).

Em segundo lugar, é conhecido que o atuar negligente possui relevância penal quando o agente produz um resultado penalmente desvalioso após infringir um determinado dever jurídico de cuidado imposto pela ordem jurídica (COSTA, 2017, p. 413). Confirmando-se a infração do dever de cuidado, resta averiguar se foi em razão de tal infração que o resultado desvalioso ocorreu.

Considerando que o uso de um produto, medicamento ou substância defeituoso pelo médico se trata de uma infração do dever objetivo de cuidado, ainda se faz necessário a comprovação de que o defeito projetou um risco previsível pelo agente à vida ou integridade física do paciente, como exige o n° 2, do artigo 150 do CPP.

Ou seja, para avaliar a existência do perigo proveniente do defeito, deve-se ter em conta as especificidades individuais do paciente, não bastando aquele perigo abstrato incutido na própria ação e desvinculado do resultado, que é geralmente exigido pelos tipos penais que tutelam bem jurídicos coletivos. A ausência de prova que ateste a criação de um perigo para a vida ou integridade física, a partir da violação do dever de cuidado pelo agente, impede que juízo penal constitua a culpa do agente.

## **O crime, a *legis artis* e a administrativização do direito penal**

No Brasil, mesmo que o tipo penal de corrupção de medicamentos ou substâncias não exija literalmente a verificação de um risco ou perigo qualquer à saúde pública ou individual para se consumir, tal comprovação é uma

exigência direta do princípio da *ultima ratio*, da subsidiariedade e da fragmentariedade do direito penal. Se é verdade que o direito penal é o último a ser convocado para a proteção dos bens jurídicos essenciais da sociedade, quando nenhum outro ramo do direito tenha cumprido ou possa cumprir satisfatoriamente a função de proteção (PALMA, 2016, p. 90 e ss.), nada justifica a sua intervenção em fatos que não possuam nada de especialmente relevante e que não possam ser resolvidos por outros ramos do direito. (DIAS, 2007, p. 117 e ss.)

Ao renunciar um risco penalmente relevante que a diferencie das demais, a norma penal se prestaria apenas a reforçar o cumprimento de normas administrativas e não a punir ações realmente graves à bens jurídicos essenciais. Assim, o direito penal inicia um processo de *administrativização*, visto que passa a absorver a lógica própria do direito administrativo, especialmente quanto a finalidade de gestão de riscos e a escolha de esquemas menos complexos de imputação (SILVA SANCHEZ, 2013, p. 145 e ss.). Diante disso, entendo ser necessária a comprovação, ainda quando não se exija literalmente no tipo, de que o comportamento típico gerou ou aumentou um perigo ou risco penalmente relevante em prejuízo do bem jurídico-penal, para que norma penal tenha vez de aplicação.

Em conclusão, o uso de medicamentos ou produtos defeituosos no ato médico deve ser analisado pela via do artigo 150, nº 2, do CPP. Portanto, cumpre identificar a *legis artis* violada para indiciar a possível violação de um dever objetivo de cuidado; a produção de um perigo à vida ou à integridade física do paciente; que tal perigo tenha sido consequência da infração do dever de cuidado; e que, respeitando-se a regra de cuidado, o perigo teria sido evitado.

## Os conhecimentos especiais e as *legis artis*

O ilícito negligente se estrutura em dois pilares: um dever de cuidado violado e na previsibilidade do resultado gerado por essa violação (COSTA, 2017, p. 413). Com esses pilares já se poderia apostar que a censurabilidade advinda de um agir descuidado, assim como nos tipos dolosos, justifica-se pela “atitude interna juridicamente desaprovada” (DIAS, 2007, p. 896). No caso do ilícito negligente, contudo, não é o querer do agente que é desaprovado pela norma, mas pela atitude imprudente do agente que se refletiu no fato. Logo, buscar a responsabilidade pelo descuido requer, essencialmente, que se analisem as capacidades e conhecimentos pessoais do agente (DIAS, 2007, p. 898), para que a imputação relativa ao descuido seja imposta aquele que podendo e devendo não ser descuidado, ainda assim o foi.

Dito isto, surgem as seguintes questões: a) o médico que utiliza um produto ou medicamento ainda não autorizado, mas sabe, em razão dos seus conhecimentos especializados, que aqueles poderiam trazer maior benefício para o paciente, seria responsável à título negligente caso algum perigo fosse criado

à vida ou integridade física do paciente? b) o médico que deixa de utilizar um medicamento ou produto autorizado, porque observou relatos contundentes a respeito da periculosidade daquele, e deste modo cria um perigo para a integridade física do paciente, poderia ser responsabilizado à título negligente? e c) o médico que utiliza um medicamento ou produto autorizado e indicado ao prognóstico, mas que tem sérias desconfianças a respeito da segurança daquele, e, deste modo, cria um perigo à vida ou integridade física do paciente, terá agido com cautela?

A situação pode se tornar mais complexa quando, em situações de urgência, fortes indícios colocam em causa a confiança no medicamento ou substância, mas este seja a única opção disponível no mercado para o tratamento da enfermidade. Nesses casos, deve o médico fazer uma análise de risco e de custo benefício no uso do medicamento ou substância. Mas essa é uma solução aplicável nas situações de urgência, nas quais o médico se vê indeciso entre o uso de um medicamento suspeito ou não o utilizar com receio de que este possa ser prejudicial à saúde do paciente, sendo em todo caso essencial o consentimento livre e esclarecido do paciente.

Tais provocações mostram que a regra segundo a qual o cumprimento da *legis artis*, por si só, afasta a tipicidade por negligência pode ser problemática. Do mesmo modo que o não cumprimento da *legis artis* pode, na realidade, demonstrar uma extrema prudência do agente. Em ambos os casos, o cumprimento ou descumprimento das *legis artis* pode levar a resultados surpreendentes. No primeiro caso, apesar do descumprimento das *legis artis*, o agente melhorou a situação do bem jurídico após ter agido de forma cautelosa, segundo seus conhecimentos especiais. No segundo caso, sucede o mesmo, mas através de um comportamento omissivo. No terceiro caso, apesar do cumprimento das *legis artis*, o agente, mesmo sabendo do risco, piorou a situação do bem jurídico tutelado.

Isso demonstra que o cumprimento da *legis artis* pode, na realidade, não ser assim tão benéfica ao bem jurídico, bem como o seu descumprimento pode ser até benéfico, motivo que me inclina a apoiar a crítica de que, talvez, o legislador penal tenha ido além do razoável ao retirar do direito penal – pela via do artigo 150º – toda a conduta médica em conformidade com a *legis artis*, mesmo que tal conduta seja, à luz da teoria do ilícito negligente, penalmente típica e claramente contrária a ideia de preservação do bem jurídico penal (MONIZ, 2013, p. 48).

## Conclusão

O médico poderá ser responsabilizado criminalmente pelo uso de produtos, substâncias ou medicamentos defeituosos, desde que, de forma negligente, os utiliza e provoca, com isto, um perigo à vida ou integridade física do paciente. Essa conduta, porém, não se enquadra ao tipo penal do artigo 282º do CPP, mas ao nº 2 do artigo 150º do mesmo diploma.

A razões para essa conclusão, como visto, passam a) pela incongruência entre a natureza do ato médico e a natureza das condutas tipificadas no artigo 282º, que dão conta de atos incluídos no processo de fabricação e circulação de substâncias ou medicamentos adulterados; b) pela incompatibilidade entre o bem jurídico protegido naquela incriminação e o bem afetado no ato médico negligente; c) pela existência do artigo 150º, nº 2, do CPP, que se adequa bem a responsabilização do médico pelo uso de substâncias ou medicamentos defeituosos. Apesar disso, o artigo 150º não está livre de críticas, uma vez que pode não ser compatível com a estrutura do ilícito negligente, no que diz respeito aos conhecimentos especiais e à preservação do bem jurídico.

## Referências

CASABONA, Carlos M. Romeo. **El medico ante el derecho penal (La responsabilidad penal y civil del medico)**. Madrid: Ed. Min. San y Consumo, 1990

COSTA, José de Faria. **Direito penal**. Lisboa: Imprensa Nacional, 2017

DIAS, Augusto Silva. A saúde humana como bem jurídico penal e os crimes contra a saúde no direito português. *In Anatomia do Crime*, nº 1. Lisboa: Almedina, 2015

DIAS, Augusto Silva. **Entre <<comes e bebês>>**: Debate de algumas questões polémicas no âmbito da proteção jurídico-penal do consumidor (A propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de julho de 1996). *In Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: Parte geral**. Tomo I. 2ª ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2007

GOMES RODRIGUES, Álvaro da Cunha. **Responsabilidade médica em direito penal: Estudo dos pressupostos sistemáticos**. Coimbra: Edições Almedina, 2007

MONIZ, Helena. Risco e negligência na prática clínica. *In Direito da medicina: Eventos adversos, responsabilidade, risco*. Coord. Maria do Céu Rueff. Lisboa: Universidade Lusíada de Lisboa, 2013

PALMA, Maria Fernanda. **Direito penal: conceito material de crime, princípios e fundamentos; Princípio da legalidade: interpretação da lei penal e aplicação da lei penal no tempo**. Lisboa: AAFDL, 2016

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

# RESPONSABILIDADE PENAL POR ERRO MÉDICO

**Marília Bastos da Costa**

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

**José Geraldo Romanello Bueno**

Professor de Graduação na Universidade Presbiteriana Mackenzie

## **Resumo:**

O presente trabalho tem por objetivo, sem pretensão do exaurimento da matéria, fazer uma breve análise geral sobre o tema responsabilidade penal do médico decorrente de alegado erro do profissional na relação médico/paciente. Para a responsabilidade penal do médico, se faz necessário analisar diversas particularidades e circunstâncias que envolveram o resultado adverso e criminoso, a fim de se fixar com exatidão e justiça a responsabilidade penal do médico. Assim, faz-se uma análise de conceitos de direito penal para aferição de responsabilidade, aproximando-os da realidade médico/paciente e de suas principais características e particularidades, analisando brevemente os crimes que a realidade médica mais está próxima. Aborda-se também a figura do chamado erro médico, analisando o que pode ser considerado erro médico, quais os seus tipos, e quais condições contribuem para a sua ocorrência.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Penal; Responsabilidade Penal do Médico; Erro médico.

## **Histórico da Responsabilização Penal Médica**

A responsabilidade penal é um tema contemporâneo, sendo que seus impactos são sentidos no dia a dia da sociedade brasileira. Deste breve conceito, conclui-se que ele busca individualizar a responsabilidade e eventual punição do agente que transgredir a lei penal brasileira. É, portanto, um conceito geral, aplicável a todo aquele que for acusado de algum crime.

No âmbito da medicina, tem-se que a prática médica está envolvida com diversas situações que colocam os pacientes em risco, podendo sofrer resultados considerados criminosos pelo ordenamento jurídico em questão. Na relação médico/paciente, podem ocorrer resultados adversos do previstos e/ou indesejados, ao passo que podem ser tão graves, que chegam a ser criminalmente puníveis. Nesse sentido, surge a alegação de erro do médico e da

necessária responsabilização penal do profissional.

Porém, observa-se que, diante de várias circunstâncias envolvendo toda a relação médico/paciente, o resultado adverso e criminoso pode não ser, de fato, culpa do profissional, tornando impossível sua responsabilização penal. A Medicina é uma profissão com diversas regulamentações, normas éticas e procedimentais que devem ser observadas estritamente pelos profissionais de todos os ramos. Assim, caso o médico atue em observâncias aos preceitos e normas que regulam sua especialidade, não poderá ser responsabilizado. Também faz-se necessário a análise do erro médico, explanando as suas principais circunstâncias e como pode ser caracterizado e comprovado, atentando-se para as formas de comprovar a sua ocorrência.

A presente pesquisa tem como objetivo analisar de maneira geral e direta, sem exaurimento do tema, a responsabilidade penal por erro médico, esclarecendo sucintamente como os elementos subjetivos dolo e culpa são considerados em face de alegado erro médico e até que ponto o médico deve ser responsabilizado pela conduta considerada criminosa.

Cumprе ressaltar inicialmente que, na antiguidade, o exercício da medicina era observado sob uma ótica sagrada, de forma que o paciente se submetia ao médico sem qualquer tipo de questionamento e, muitas vezes, não chegava sequer a tomar conhecimento do tratamento ao qual seria submetido. Naquela época, o médico era considerado um mago ou sacerdote, capaz de poderes curativos sobrenaturais. As primeiras atividades médicas não se preocupavam com o estudo das patologias e suas causas, apenas se dedicavam a cura-las. Entretanto, caso a cura não acontecesse, a culpa recaía sobre o médico que receitou o tratamento, existindo desde os primórdios da medicina, sanções para os médicos nos casos de culpa do insucesso profissional destes. Com o tempo, a medicina foi ganhando contornos científicos, e com isso, o rigor para avaliação dos erros médicos foi aumentando, vinculando o médico não apenas ao fato objetivo do insucesso, mas sim, considerando outros fatores.

Analisando o cenário brasileiro, e considerando o período histórico do descobrimento do Brasil até a promulgação do Código Penal de 1940, observa-se que o interesse pela responsabilização médica não é notável. Após a independência do país, cogitou-se a criação de um Código Criminal, que veio em 16 de dezembro de 1830, sancionado por Dom Pedro I, estabelecendo o crime de lesão corporal apenas em sua modalidade dolosa. O dolo estava previsto no artigo 3º do Código Criminal do Império e estabelecia que não haveria crime sem má-fé, ou seja, sem que o criminoso tivesse conhecimento do mal e a vontade de praticá-lo.

A modalidade de crimes culposos foi instituída apenas em 1871, com a promulgação da Lei nº 2.033. Com o fim da escravidão no Brasil, e com a proclamação da República, o Código Criminal tornou-se obsoleto, necessitando assim de uma nova codificação. Com isso, em 1890, adveio outro Código Penal, que vigorou por anos e foi acrescido por diversas legislações. Durante

anos, o ato médico culposo poderia sujeitar-se à indenização na esfera cível, o que demonstra que o Código Civil de 1916 vislumbrava a responsabilidade médica. Porém, na esfera criminal, o avanço da dogmática jurídica sobre o tema mostrava-se tímido. Posteriormente, adveio o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, sendo sancionado então o Código Penal brasileiro, que passou a vigorar de 1º de janeiro de 1942 até os dias atuais, e que foi parcialmente reformulado por outras leis, como por exemplo a Lei nº 7.209 de 11 de julho de 1984, que instituiu uma nova parte geral.

## **Responsabilidade Penal Médica**

A responsabilização penal ocorre no momento em que há a infração de normas de direito público, caso em que o infrator poderá responder com a privação de sua liberdade, cuja sanção advém do Estado, o qual possui o poder-dever de punir. Nesse sentido, o processo criminal é obrigatório, ou seja, indisponível, sendo o médico acusado por um promotor de justiça, enquanto ocupa o papel de réu no processo.

Para ser caracterizada a responsabilidade penal médica, devem estar presentes os seguintes requisitos: a) conduta, b) resultado naturalístico, c) nexos causal entre a conduta e o resultado e d) tipicidade, sendo o fato considerado típico quando está previsto em legislação penal e se amolda ao caso em questão. Para que haja responsabilidade penal do médico, este deve agir com dolo ou culpa no exercício da profissão, sendo que esta conduta deve estar prevista em um tipo penal específico, descrito no ordenamento jurídico brasileiro.

## **Dolo**

A modalidade dolo está prevista no artigo 18, inciso I do Código Penal brasileiro, o qual define crime doloso como sendo aquele o qual o agente tinha a intenção de atingir determinado objetivo, ou assumiu os riscos para produzi-lo. Nesse sentido, dolo é a intenção de praticar o crime, de atingir o objetivo, de concretizar os elementos objetivos do tipo penal. No contexto médico, os crimes são, em sua maioria, cometidos em sua modalidade culposa, que demanda análise detalhada dos casos concretos, porém, o dolo não fica excluído da prática médica.

## **Culpa**

Diferentemente do dolo, na modalidade culpa não há intenção de lesar, de causar qualquer mal ao paciente. A imensa maioria dos casos considerados “erros médicos”, quando comprovados, se encaixam na categoria em questão. Em linhas gerais, a culpa é dividida em categorias que a caracterizam nos casos práticos, sendo elas: negligência, imprudência e imperícia. Está prevista no artigo 18, inciso II do Código Penal brasileiro.

Tratando-se da negligência, esta é caracterizada pela inação, indolência,



inércia, omissão, ou seja, pela falta de agir quando havia o dever tomar providências. No âmbito da conduta médica, a negligência está presente por exemplo na omissão de um tratamento clínico; no momento em que o médico deixa seu expediente acreditando que seu colega chegará no horário ao plantão para recompor o quadro de profissionais; ou ainda quando o médico deixa de dar o encaminhamento necessário para pacientes que necessitam de intervenção cirúrgica.

A imprudência por sua vez, corresponde ao ato de fazer, de agir, mas é um agir de forma injustificável, sem cautela. Nesse sentido, é considerado imprudente o médico que não espera o anestesista para aplicar anestesia em determinado paciente, fazendo-o ele próprio o procedimento, vindo o paciente a falecer de parada cardíaca; o médico que realiza cirurgia que normalmente duraria uma hora em trinta minutos; o cirurgião que realiza cirurgia arriscada, sem garantia de vaga em Unidade de Terapia Intensiva – UTI; o médico que utiliza-se de técnica nova e arriscada, sem a comprovada eficiência, etc. Todos esses são atos considerados imprudentes, passíveis de gerar a responsabilização penal do médico, ao passo que os resultados podem enquadrar a atividade do médico em fato típico penal correspondente.

Já a imperícia é falta de capacidade técnica para o exercício da profissão, sendo que o agente deveria possuir determinada habilidade específica para praticá-la, mas como não a possui, da causa a um fato típico. Importante salientar que um diagnóstico errado não é sinal de imperícia, observadas as circunstâncias que cercam determinado caso, em que o paciente pode apresentar sintomas confusos, cuja análise pode ser imprecisa. Aqui, considera-se imperito por exemplo, o obstetra que em uma operação de cesariana corta e lesa a bexiga da parturiente, ocasionando-lhe severas consequências; o médico que, fazendo uso do *fórceps* causa traumatismo crânio-encefálico, dando causa a morte do neonato. Há também a possibilidade de arguição de imperícia ao médico obstetra que pratica laqueadura – forma de esterilização feminina – e mesmo assim, a paciente vem a engravidar. A verificação da imperícia médica depende do caso em questão, devendo ser avaliada por profissional da área, que levará em conta os avanços científicos da época, principalmente aqueles considerados de conhecimento público, e que todo profissional deveria conhecer, observando também a orientação do uso de técnicas que não demonstram efetivo resultado prático e podem ser consideradas técnicas novas e pouco experimentadas.

## **Erro Médico**

Como exposto anteriormente, na maioria dos casos há a responsabilização do médico face à ocorrência de um erro cometido no exercício de sua profissão, erro esse que não é buscado, não há intenção de se produzir resultado errôneo, razão pela qual a maioria dos casos de processos penais contra médicos são de crimes culposos.

Faz-se *mister* mencionar que, ainda hoje a morte não é aceita por muitos como um fato natural da vida, de forma que tende-se a evita-la a todo custo. Com isso, caso haja a morte de um paciente após atendimento médico, tende-se a culpar o profissional pela tragédia, haja vista que, teoricamente o paciente buscou auxílio médico para ter o restabelecimento de sua saúde, depositando no médico a confiança, a expectativa de cura, negando-se por completo a possibilidade de morte. Em linhas gerais, o erro médico corresponde a uma falha do agir do médico, no exercício de sua profissão, gerando resultado adverso daquele planejado inicialmente, resultado este que, muitas vezes, pode gerar um fato típico, tornando-se objeto de um processo criminal, ou de outras esferas do direito, como a esfera cível por exemplo. O erro médico pode ser denominado ainda como erro técnico, má prática profissional, conduta impropria ou inadequada, falha ou falta médica, e, pode ocorrer por meio de um ato comissivo ou omissivo. No ato comissivo, o médico age de forma errônea, causando danos ao paciente, enquanto que o ato omissivo há inércia do médico, este não age quando deveria agir, deixando de fazer o que deveria ser feito. O erro médico em si, é caracterizado por uma conduta profissional inadequada, que pressupõe uma inobservância técnica, capaz de produzir danos a vida e a saúde do paciente. É, como dito anteriormente, fruto de imprudência, negligência ou imperícia. Assim, o erro médico “nada mais é do que a falha profissional imputada àquele que exerce a medicina”<sup>1</sup>.

Os erros médicos dividem-se em duas espécies principais: a) Erro de diagnóstico, ou seja, o erro cometido no momento de identificação da doença ou da moléstia. b) Erro de tratamento ou de conduta, caracterizado como o erro verificado no tratamento da doença identificada, independente de erro do diagnóstico ou não. Independente da modalidade de erro, ou da nomenclatura empregada, o erro médico gera responsabilidade quando causa dano ao paciente, produzido por uma conduta inadequada, um proceder negligente, imprudente ou imperito. Independente da esfera tratada, o médico só será responsabilizado se comprovada culpa ou dolo em sua conduta profissional. Nesse sentido, se o dano veio por circunstâncias alheias à sua atuação, não haverá responsabilidade do médico.

Na relação médico-paciente, existem inúmera variáveis que necessitam de maior atenção do médico, devendo este agir de forma profissional, observando seus deveres e os direitos do paciente. Há casos em que o paciente exige do médico determinado tratamento com o qual o profissional não possui muita experiência, ou simplesmente não concorda que tal tratamento seja o mais adequado. Nesses casos, o médico precisa demonstrar seu preparo profissional, em todos os aspectos, inclusive psicológico, para, utilizando-se de consultorias, juntas médicas e legislação ética, colocar o paciente em sua real posição, imprimindo seu cunho técnico pessoal ao tratamento, ou, se for o caso, recusar o caso, de acordo com os ditames legais e éticos vigentes

---

1 BUENO, v. 6, n. 2, p. 140-170. p. 165.

à época. A observância das normas éticas e legais na atuação do médico é de fundamental importância, eis que, caso haja resultado danoso ao paciente, tendo todas as regras referentes ao exercício da profissão sido seguidas, não há como imputar culpa ao médico, ficando este isento de qualquer responsabilidade.

## **Erro de Diagnóstico**

O diagnóstico é um dos momentos mais importantes da atividade médica. É nele que identifica-se os males que afetam o paciente, devendo ser analisado para que se decida qual o melhor tratamento a ser adotado nos casos submetidos ao atendimento do médico. Sobre o diagnóstico:

O erro de diagnóstico consiste em identificar e determinar a moléstia que acomete o paciente. A atividade médica tem seu ápice, em princípio, na análise diagnóstica, pois, a partir daí, podem-se direcionar a conduta e a terapia aplicada a cada um, com o objetivo de obter o sucesso.<sup>2</sup>

Atualmente, os médicos valem-se dos grandes avanços tecnológicos na medicina e na ciência em geral para determinar as doenças dos pacientes, submetendo-os à uma série de exames para que se possa chegar a uma conclusão da forma mais segura e precisa possível. Tais avanços podem encontrar barreiras, a depender do poder aquisitivo do paciente por exemplo. Os exames, em geral, são caros, sendo que os pacientes, no atendimento particular, podem não ter condições de arcar com os custos de tais exames. Já na rede pública, os pacientes podem ter que esperar muito até que possam realizar os exames necessários, correndo o risco de a doença se agravar. Deve-se considerar que, pode ocorrer uma limitação da quantidade de exames que podem ser realizados, o que se caracteriza como o primeiro fator negativo que aumenta a probabilidade de haver o erro de diagnóstico, uma vez que a menor quantidade de exames possibilita que alguma doença passe despercebida. No erro de diagnóstico, surge uma certa complexidade para determinar-se a responsabilidade do médico, uma vez que trata-se de aspectos estritamente técnicos. O erro de diagnóstico pode levar o tratamento para rumos errôneos que podem gerar resultados adversos ao paciente. O erro de diagnóstico caracteriza-se pela eleição de tratamento inadequado à patologia instalada no paciente, ocasionando um resultado danoso. A princípio, o erro de diagnóstico é um erro escusável, salvo se for por completo um erro grosseiro.

De maneira geral, o erro de diagnóstico é difícil constatação, eis que, comumente adentra-se num campo estritamente técnico, em que operadores do direito por exemplo, até mesmo os juízes, não possuem o conhecimento necessário para verificar com precisão a presença do erro de diagnóstico, a menos que este seja, como dito, muito grosseiro, o que não é comum acontecer.

<sup>2</sup> BUENO, v. 6, n. 2, p. 140-170. p.166.

Sugere-se então, que no exame de provas, a atenção do juiz em matéria de erro de diagnóstico, não deve focar-se na elucidação de intrincados métodos clínicos, cirúrgicos ou terapêuticos. A postura do julgador deverá ser a mesma adotada em face de qualquer outro erro profissional, de modo a avaliar as provas produzidas e determinar fé naquela que mais lhe convencer, atentando-se principalmente aos pareceres de profissionais e peritos, bem como eventuais testemunhas. Nesse sentido, não examina-se o erro de diagnóstico propriamente dito, mas sim se o médico possui culpa do erro, devendo-se verificar como procedeu o médico no diagnóstico, se recorreu a todos os meios necessários para identificar a doença do paciente, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais, bem desenvolvidos na atualidade, mas que nem todos os médicos têm a disposição. Por fim, deve o juiz averiguar se agiu o médico com prudência e observância as regras legais e éticas de sua profissão. Na hipótese de verificar-se que o erro é inescusável e que o médico deu causa ao mesmo, será ele responsável pelos danos que o erro ocasionou ao paciente, inclusive responderá penalmente se o caso. Por outro lado, se o profissional utilizou de todos os meios que dispunha para tornar o diagnóstico mais preciso, não desviando da conduta prevista, inexistirá culpa, não sendo possível sua responsabilização.

## **Erro de Conduta**

O erro de conduta revela-se até mais relevante que o erro de diagnóstico, haja vista que mesmo com um diagnóstico equivocado, o médico deve agir de forma a sempre proteger a vida e a integridade física do paciente. Em virtude desse dever de agir, o médico pode mostrar-se apressado, tomando decisões precipitadas para tentar cuidar do paciente o mais rápido possível, adotando medidas que não são as mais adequadas ao caso, dependendo da doença ou das peculiaridades de cada paciente. Em contrapartida, caso o tratamento demore demais, pode gerar o insucesso do tratamento. Por isso, o médico não pode retardar sua conduta à espera de exames complementares, mas deve restringir-se ao bom senso para tomar decisões apoiadas pelo diagnóstico clínico de probabilidade.

Mesmo que o médico deva agir prontamente, o excesso de rapidez na atividade médica pode trazer sérias consequências ao paciente, ocasionando maiores riscos. A prontidão pode significar a diferença entre vida e morte do paciente. O que deve existir é um equilíbrio entre a observância dos mínimos detalhes dos sintomas do paciente, para que se de um diagnóstico preciso, não agindo precipitadamente para prestar rápido atendimento. Mas, caso o diagnóstico seja demorado, ou seja, em caso de urgência, o médico deve agir prontamente para salvar e proteger a vida do paciente, e nesse caso, seu dever de atenção deve ser dobrado. O médico não pode ser apressado ao iniciar os cuidados do paciente, a não ser que o caso assim exija, devendo o médico sempre priorizar a proteção e manutenção da vida de seu paciente.

## **Erro Escusável**

O erro escusável nada mais é do que um erro aceitável, um equívoco justificável no agir do médico, consequência da imperfeição da medicina. Para ser considerado escusável, o erro médico deve estar ligado a: a) um erro de diagnóstico factível do ponto de vista estático; b) que nesse diagnóstico tenha-se aplicado as boas práticas da medicina, utilizando-se de exames e outras formas aceitáveis pela prática médica para se determinar a doença do paciente; e c) que o tratamento escolhido, seja ele um tratamento clínico ou cirúrgico, tenha sido adequado para cuidar da doença diagnosticada.

Nesse sentido, o erro escusável é aquele que seria cometido por qualquer outro profissional que estivesse nas mesmas condições, considerando o homem médio. Exemplo disso é o médico de prontos socorros localizados em cidades do interior, que muitas vezes não possuem os meios e instrumentos necessários para o diagnóstico preciso de algumas patologias. O erro cometido pelo médico que não dispõe dos aparelhos necessários para diagnosticar com precisão ou para prosseguir com determinado tratamento, não pode ser utilizado como fundamento para sua condenação. Não seria sensato exigir do médico mais do que ele poderia realizar nas circunstâncias do caso.<sup>3</sup>

## **Análise do Erro Médico**

Diante do exposto, resta claro que há grande necessidade de analisar-se o erro médico casuisticamente, para que verifique-se a possibilidade de responsabilização ou não do profissional, de acordo com as circunstâncias dos acontecimentos. Em geral, devido a tecnicidade que envolve os fatos, há grande dificuldade dos operadores do direito em averiguar a ocorrência do erro médico, bem como a culpa do médico quanto a esse erro, se de fato deu causa a ele. Nesses casos, a ocorrência de dano, lesão ou morte, é irrefutável, bem como a ocorrência da intervenção médica, também indubitosa. A culpa e o estabelecimento do nexo de causalidade entre a conduta do médico e o dano causado passam então a ser alvo do julgador, que deverá utilizar-se de todos os elementos trazidos ao processo para chegar a sua conclusão. Deve-se então, de forma geral, valer-se de laudos periciais, e outras provas como documentos, depoimentos pessoais e oitiva de testemunhas para que se verifique da forma mais imparcial e precisa possível a efetiva culpa do médico na responsabilização deste pelos fatos típicos ou de qualquer outro tipo de responsabilização prevista no direito brasileiro.

## **A Teoria do Erro Humano de James Reason**

Os médicos e os demais profissionais da saúde buscam sempre promover a melhor assistência possível, por meio do compromisso e a disposição, individual ou em equipe, para a segurança do paciente. Porém, tal compro-

---

<sup>3</sup> AMARAL, 2014, p. 132.

misso não impede a ocorrência de falhas e acidentes durante o tratamento do paciente.

O exercício da medicina é uma atividade predominantemente humana, e, logo, está sujeita a erros. A preocupação com o aprofundamento acerca do estudo do erro médico decorre do número significativo de alegadas ocorrências deste, mas, pouco sabe-se a respeito. Há forte tendência em responsabilizar o médico, e tão somente ele, por toda falha ou resultado adverso ocorrido no tratamento do paciente. Todavia, existe uma série de fatores que podem contribuir para a ocorrência de um erro médico, destacando-se a desumanização do atendimento, a mercantilização da medicina, as péssimas condições de trabalho, o tempo reduzido da consulta, entre outros. Com o aprofundamento do estudo do tema, permite-se concluir que nem todo resultado adverso é decorrente da culpa ou erro exclusivo do médico. É fato que o desempenho humano é fortemente influenciado pelas condições de contexto. Um indivíduo treinado e motivado é passível de cometer erros, pois erros humanos acontecem inevitavelmente, nem se diga daqueles que estão desmotivados, despreparados e compelidos a trabalhar em péssimos ambientes de trabalho. Como atividade humana, o exercício da medicina exige habilidades cognitivas, aprendizado, concentração, diagnóstico e tomada de decisões e, portanto, está sujeita diretamente as mais diversas formas de manifestações do erro.<sup>4</sup> Nesse contexto, surge a necessidade de se analisar o erro humano, e como ou porque os seres humanos estão passíveis de cometê-lo. Deve-se compreender o erro para poder determinar qualquer tipo de responsabilização. Com isso, a *Teoria do Erro Humano* de James Reason possui especial relevância e deve ser abordada e analisada, ainda que de forma lacônica.

James Reason, professor de psicologia na Universidade de Manchester, entre os anos de 1977 a 2001, buscou compreender o comportamento humano na ocorrência do erro e seus estudos vêm sendo utilizados em variadas áreas, tornando-se referência e amplamente aceito por suas contribuições nos cuidados à saúde e à segurança do paciente. A teoria do erro humano é fruto de extensa pesquisa conduzida por James Reason, foi apresentada em 1990, e publicada no livro *Human error*, em que se faz uma análise profunda do tema, muito além da mera descrição de princípios gerais sobre a ocorrência e tipos de erros. Em sua obra *Human error*, James Reason busca transmitir e fomentar a discussão, em nível teórico, sobre o erro humano, avançando no conhecimento, a respeito dos processos em que o erro humano se engendra, focando na aplicação prática de seus conhecimentos, visando eliminar ou conter os efeitos adversos decorrentes desse erro.<sup>5</sup> Amaral apresenta, de forma sucinta, como James Reason definiu erro humano. Em suas palavras:

Reason definiu erro humano como sendo todas as ocasiões em que uma sequência planejada de atividades mentais ou físicas falham em

4 AMARAL, 2014, p. 135-136.

5 DESTRO, 2017. p.143.

atingir o resultado pretendido, e quando estas falhas não podem ser atribuídas à intervenção do acaso. Reason mostra, em seu trabalho, que erros humanos decorrem de uma subespecificação cognitiva, e que podem se manifestar de uma variedade de formas. Ainda, aponta quatro grandes elementos na produção de um erro: a natureza da tarefa; as circunstâncias do ambiente; o mecanismo cognitivo que gerencia o desempenho humano; e a natureza do indivíduo.<sup>6</sup>

James Reason entendeu a proposição de que fatores relacionados à organização e à gestão contribuem decisivamente para a ocorrência dos acidentes, constituindo falhas latentes dos sistemas de trabalho.

### **Circunstâncias que Contribuem para a Ocorrência do Erro Médico**

Considerando a teoria de James Reason sobre o erro humano, salienta-se que este é causado devido a falhas ativas, ocasionadas pela atividade humana em si, e as condições latentes, relacionadas ao sistema utilizado para determinada função. Nesse contexto, inúmeros fatores podem contribuir para a ocorrência do erro, principalmente na prática médica. Fatores fisiológicos, ambientais e psicológicos contribuem para a ocorrência do erro médico, uma vez que retiram do profissional a atenção necessária para o exercício de sua função. São exemplos o cansaço, o barulho no ambiente de trabalho, o número excessivo de pacientes à espera do mesmo médico, a falta de equipamentos, de vagas, de macas, de paz e a tranquilidade necessária para análise do caso submetido ao profissional. Há também que se considerar a relação impessoal do médico com o paciente. Atualmente, a alta demanda dos profissionais ocasiona a sobrecarga do sistema de saúde, impossibilitando a aproximação mais profunda do médico com o paciente.

Em geral, o erro médico é visto como uma falha do médico, considerando apenas o profissional como responsável pela falha, ignorando, muitas vezes, quaisquer outras condições do trabalho realizado que possam contribuir para o resultado adverso. O médico é responsável pelos seus atos, mas isso não significa que ele possua culpa por determinado procedimento que deu errado e pode ser objeto de um processo criminal, com eventual responsabilização do profissional.

Com isso, faz-se necessário analisar condições que corroboram para a ocorrência do erro médico. Amaral<sup>7</sup> destaca as principais condições que possam levar a falha médica, analisando-as a partir de um conceito ampliado de erro médico, visto não apenas como uma falha humana, mas também como decorrência de processos sociais que condicionam a ação dos médicos.

---

6 AMARAL, 2014. p. 136-137.

7 AMARAL, 2014. p.141-154.

## **Má Formação do Profissional da Medicina**

Há várias críticas à ineficiência dos processos educacionais no Brasil, em específico, na medicina. Denota-se uma crise na formação do profissional, refletindo, conseqüentemente, na prática médica com a ocorrência de erros e danos ao paciente. A queda na qualidade na formação do médico remete ao grande número de escolas abertas no país, sendo que a maioria delas, principalmente as privadas, não tem condições mínimas de infraestruturas e de corpo docente para abrigar um curso de medicina. Falta a estrutura de estudo e ensino necessários para se garantir um curso suficiente, com a total preparação do profissional.

Além disso, para os cursos públicos, mesmo com a ampliação de vagas, há a necessidade de se verificar se há infraestrutura suficiente para o aumento das vagas, mantendo-se a qualidade da formação do profissional. As medidas visando ampliação de vagas em cursos públicos não se mostram suficientes para solucionar o problema da saúde no Brasil. O aumento das vagas nos cursos, sem regras e metas claras de fixação e valorização dos médicos, de mais recursos públicos para a saúde e, de garantia de qualidade no ensino médico, trará efeitos colaterais indesejáveis, pois fará crescer o contingente total de médicos para as próximas décadas, sem garantia de que estes profissionais se dedicariam à rede pública de saúde, favorecendo regiões que já contam com alta concentração de profissionais, da mesma forma que favoreceria o setor público, que já conta com maior número de médicos disponíveis. Além disso, o contingente de médicos sem a qualificação necessária aumentará, uma vez que a abertura de mais vagas sem o investimento necessária em infraestrutura para manter a qualidade do curso, resultará na pior preparação do profissional.<sup>8</sup>

Assim, ressalta-se que o investimento na saúde do país não pode resumir-se ao aumento do número de vagas em cursos de medicina, devendo-se priorizar a qualidade do ensino fornecido em comparação a quantidade de profissionais formados. A má formação resulta em profissionais desqualificados, mais suscetíveis a cometer erros no exercício da profissão se comparados a profissionais mais preparados e melhor formados.

## **Carga Horária Excessiva do Médico Residente**

A residência médica tem dupla função: complementar a formação do profissional e contribuir para a inserção do médico no mercado de trabalho. Porém, por não haver planejamento na formação de recursos humanos, admite-se que as próprias instituições desempenhem a função de regular a residência. Com isso, a residência tende mais para a satisfação da necessidade da prestação de um serviço, seja público ou privado, do que a formação do profissional. Aliado a isso, o médico residente comumente queixa-se do excesso

---

8 AMARAL, 2014. p.143



de trabalho e da grande carga horária, dificultando focar em seus estudos e interesses pessoais. Queixam-se também da dificuldade de se relacionar com as equipes médicas, da pouca orientação para realizar determinados procedimentos, da dificuldade de acomodação, da alimentação e da grande cobrança de resultados. Além do estresse do trabalho em si, o médico residente pode trabalhar sem supervisão, o que prejudica seu treinamento.<sup>9</sup>

Entre o médico e o seu paciente, existe uma relação jurídica, com direitos e deveres para ambas as partes. Para o médico, destaca-se o dever de responsabilidade do médico pelo paciente e a observância às normas reguladoras da prática médica, enquanto que, para o paciente, existe o direito de não ser lesado pelo médico. Assim, para que o atendimento do paciente seja feito de forma satisfatória, observa-se o previsto no artigo 19 do Código de Ética Médica, que prevê que não pode o médico atribuir seu insucesso à terceiros ou a circunstâncias ocasionais, mas cabe ao médico na função de administrador da situação, assegurar as condições mínimas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

## **Condições de Trabalho do Médico**

Tratando-se das causas que podem levar ao erro médico, as condições de trabalho do profissional não podem ser negligenciadas. Para este trabalho, as condições aqui analisadas referem-se aos materiais disponíveis para o exercício da profissão, como equipamentos, ambiente físico, volume de trabalho e equipe de apoio. Considera-se também, de modo geral, como o sujeito se relaciona com seu trabalho, incluindo o relacionamento com os demais envolvidos, forma de remuneração e as condições sob as quais a função é desempenhada.

Seja nos atendimentos realizados de forma liberal, com consultórios particulares, em que a relação do médico com o paciente é de clientela, seja no trabalho cooperativo, como ocorre nos hospitais, em que diversos profissionais da Medicina unem-se para prestar os serviços de atendimento à saúde, os médicos queixam-se frequentemente da remuneração insuficiente, o que leva a extensão da jornada de trabalho e da intervenção de planos de saúde no trabalho do médico, gerando a limitação no tratamento de doenças pré-existentes, da quantidade de procedimentos, auditoria dos atos diagnosticados e limitações do tempo de internação e do número de exames.<sup>10</sup>

Destaca-se também o relacionamento entre o médico e seu paciente. Com a crescente noção da população de seus direitos, os pacientes ressentem-se pela falta de atendimento ou pelo grande período de espera para ver o médico, tornando-se agressivos, principalmente se as condições de atendimento são ruins, como quando observa-se a ausência de leitos, a falta de vagas em hospitais e a demora no atendimento. Já os profissionais da saúde, ressentem-

9 AMARAL, 2014. p. 146-147.

10 AMARAL, 2014. p. 148.

se pelo volume de trabalho e por supostamente não poderem ter intervalos satisfatórios durante o desempenho de suas atividades profissionais. Se as estruturas das instituições de saúde são responsáveis por uma série de erros e efeitos diversos dos tratamentos fornecidos, há também a culpa em parte do profissional, sendo que sua falha pode ser atribuída ao distanciamento do médico e do paciente, resultante em uma relação fria e estritamente profissional.<sup>11</sup>

Portanto, o médico sofre com as más condições do trabalho, ao passo que, a pressão constante no exercício da função, o grande número de pacientes a serem atendidos, a limitação de recursos para atuar e o distanciamento na relação do profissional e seu paciente contribuem para a ocorrência do erro, e por isso, deve-se observar as condições de trabalho do médico a fim de se construir um ambiente verdadeiramente mais seguro para os pacientes.

## **As Dificuldades Decorrentes do Sistema de Saúde**

A saúde é um direito constitucionalmente garantido, ao passo que todos os brasileiros podem desfrutar da saúde pública fornecida pelo Estado, mesmo aqueles que fazem uso do sistema de saúde privado. Porém, há muito a saúde pública brasileira mostra-se defasada, o que já foi mostrado incessantemente pela mídia, e já está no conhecimento geral da população, restando evidenciado e demonstrado a alta demora para os atendimentos, filas muito grandes nos hospitais públicos, serviços fechados, falta de pessoal e medicamentos, emergências lotadas, poucos leitos de UTI, hospitais sucateados, dentre outros graves problemas do sistema de saúde pública em si.

Para que se a demanda da população seja atendida, é imprescindível o investimento em infraestrutura, recursos, políticas econômicas e sociais. Os problemas do sistema de saúde implicam na queda de qualidade do serviço prestado, não por culpa única e exclusiva do médico, mas sim por culpa de todas as circunstâncias que englobam a estrutura da prestação de serviços do profissional, sendo que ele pode ser responsabilizado, pois prestou o atendimento imediato.

Assim, percebe-se que o médico pode ser responsabilizado indevidamente, uma vez que se ataca apenas o resultado criminoso, mas não as reais causas que levaram à conclusão adversa do tratamento, que nesse caso, se extrai da falta de investimentos necessários para garantia da qualidade do serviço.

## **Resiliência Médica**

Resiliência é definida como a propriedade de alguns corpos de retornar a sua forma original após terem sido submetidos a uma deformação elástica. É um conceito físico que passou a ser moderadamente assimilado pelo

---

11 Idem.

mundo corporativo, sendo considerados resilientes aqueles que desenvolvem a capacidade de superar diversos tipos de estresses, tensões, pressões, etc. e mantendo o equilíbrio emocional, sem significativas modificações pós-traumáticas. Nesse contexto, a resiliência médica é a “capacidade que os médicos devem possuir de retornar ao seu estado psicológico normal após passarem por situações de estresse extremo”.<sup>12</sup> O problema surge no momento em que o profissional perde tal capacidade, prejudicando seu estado psicológico, não conseguindo mais exercer suas atividades de forma satisfatória.

As principais características do trabalho médico que podem causar a perda da resiliência são: a) contato com dor e sofrimento, b) acesso à intimidade física e emocional dos pacientes, c) contato com pacientes terminais, com alto nível de depressão e hostilidade e d) contato com incertezas e limitações na profissão, ligadas às condições precárias de trabalho. Soma-se a isso, os profissionais da área médica lidam ainda com a forma sensacionalista que a mídia expõe os problemas da saúde no país, gerando uma imagem negativa contra os profissionais da saúde.<sup>13</sup>

Portanto, diante das condições analisadas, conclui-se que o relacionamento entre médico e seus pacientes está se tornando cada vez mais frágil e vulnerável. De um lado, os pacientes se estressam com as condições de saúde do país, muitas vezes culpando os médicos por serem os responsáveis diretos pelo atendimento, e, de outro, os médicos, mostram-se estressados, insatisfeitos com suas rotinas e condições de trabalho. Diante dessas circunstâncias, há mais chances de ocorrência do erro médico, e, conseqüentemente, de a responsabilização de profissionais por tais erros não ser justa e eficiente suficiente para mitigar a ocorrência dos denominados erros médicos.

## **Considerações Finais**

Por tratar da vida e da saúde de seres humanos, a Medicina, de modo geral, aborda assuntos sensíveis, cujos resultados podem ser considerados criminosos, surgindo a pretensão do Estado de aplicar uma sanção penal ao agente infrator. Na ocorrência de algum resultado adverso do desejado, considerado crime pela legislação penal brasileira, tende-se a assumir que o médico é o responsável, frente a alegação de ocorrência de algum erro na execução do tratamento, sendo então o profissional responsável pela falha, vindo a sofrer as sanções cabíveis se o caso.

O presente trabalho buscou analisar e elucidar de forma breve, as principais questões envolvendo a responsabilidade penal do médico, abordando conceitos gerais de direito penal e de responsabilidade penal, considerando-os sob o prisma da relação médico/paciente. Para haver responsabilização penal, deve-se estar presentes seus pressupostos, em especial, a comprovação de dolo ou culpa do agente. Os crimes cometidos pelos médicos, no exercício

---

12 MARAL, 2014. p. 151-152.

13 AMARAL, 2014. p. 152-153

de sua profissão, são, em sua grande maioria, praticados na modalidade culposa, o que torna a culpa o elemento principal para a responsabilização penal do profissional. Surge um ponto sensível para a responsabilização penal do médico, qual seja, analisar a presença de culpa do profissional, ao passo que diversas circunstâncias e particularidades mostram-se presentes e influenciam o resultado indesejado do tratamento. É imprescindível analisar como foi o comportamento do médico perante seu paciente. Se o profissional agiu seguindo as regras gerais e específicas da Medicina, se tomou todos os cuidados necessários, ou, se errou em algum momento, e este erro decorreu de circunstâncias como a complexidade do caso ou raridade da condição tratada, a culpa não pode incidir sobre o profissional, por trata-se de circunstâncias alheias à sua capacidade técnica.

Ademais, o trabalho abordou o erro médico em si, visando expor quais tipos de erros podem acontecer e como devem ser analisados. Nesse processo, procedeu-se para a análise da *Teoria do Erro Humano* de James Reason, a qual buscou esclarecer como e por qual motivo os seres humanos são tão passíveis de errar. As falhas podem inclusive ocorrer por problemas do sistema de saúde em si. Assim, o erro médico deve ser analisado sob a visão de que, mesmo na comprovação de erro, esse pode não ter sido cometido pelo profissional, mas sim ser fruto de falhas estruturais que se não forem corrigidas, voltarão a causar os resultados indesejados aos pacientes. Considerando as falhas das estruturas disponíveis para o exercício da atividade médica, pontuou-se as principais condições que podem contribuir para a ocorrência do erro abordando a má formação do profissional, devida a má qualidade de muitos cursos oferecidos, as condições de trabalho em si, a residência médica mal aproveitada pelo profissional devido a falhas no próprio sistema de residência, a chamada resiliência médica e as dificuldades do sistema precário de saúde disponível no país. Com todo o exposto, o presente estudo buscou trazer à tona a discussão sobre a responsabilização penal médica, decorrente de alegado erro médico, sem a pretensão de exaurir a matéria e buscando inspirar outras pessoas a continuar o trabalho e expandir as pesquisas sobre o tema.

## Referências

AMARAL, Fernanda Regina da Cunha. **Erro médico: a responsabilidade jurídica pelos danos causados aos pacientes na atuação dos médicos, dos hospitais e das operadoras de planos de saúde.** Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. **Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.** Institui o Código Penal Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1940.

\_\_\_\_\_. **Decreto Lei nº 3.689.** Institui o Código de Processo Penal Brasileiro. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 03 out. 1941.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406,** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de jan. 2002.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei nº 8219**, de 2017. Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após. DECOM, Sala das Sessões, 09 de agosto de 2017.

BUENO, José Geraldo Romanello. Da responsabilidade civil e criminal do cirurgião plástico estético. **Revista Direito Mackenzie**. v. 6, n. 2, p. 140-170.

DESTRO, Paulo. **Responsabilidade penal médica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Nelson Figueiredo. **Responsabilidade ética, civil e penal do médico**. São Paulo: Sarvier, 2006. p. 133

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: Parte Geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2019

RODRIGUES, Cristiano. **Coleção Saberes do Direito 4 - Direito Penal - Parte Geral I - Princípios até Teoria de Delito**. Saraiva, 02/2012.

ZANARDO, Gabriel Lemos de Pingo; URIBE, Magaly Calderón; NADAL, Ana Hertozog Ramos de; HABIGZANG, Luísa Fernanda. Violência obstétrica no Brasil: Uma revisão narrativa. **Psicologia e Sociedade**. Porto Alegre. out. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e155043.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2019.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade civil e penal do médico**. 3 ed. Campinas: Servanda, 2008.

# **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA PROPOSTA DE TIPIFICAÇÃO FRENTE À VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E REPRODUTIVOS DA MULHER**

**Alani Caroline Osowski Figueiredo**

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora do Programa de Iniciação Científica pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Fundadora e Coordenadora Acadêmica do Núcleo de Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do Laboratório de Ciências Criminais do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

## **Resumo:**

Indiscutível o avanço da medicina e os benefícios trazidos por ela, como a possibilidade de detectar doenças de forma antecipada. Porém, não se pode negar que há uma “sobremedicalização” em métodos naturais, principalmente no parto, reconhecida e combatida pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Frente aos crescentes relatos de intervenções médicas desnecessárias durante procedimentos obstétricos, a exemplo da indução de cesáreas e da realização de episiotomias, sobreveio maior demanda pela humanização do parto. Nesse escopo, a pesquisa pretende examinar os limites das intervenções dos profissionais da saúde diante do notável aumento de violações aos direitos humanos e reprodutivos das mulheres, vez que são submetidas a intervenções não consentidas e têm seus desejos e suas liberdades de escolha fortemente hostilizadas. Sustenta-se a partir da lesão à autonomia e à integridade pessoal da gestante, a necessidade de uma resposta jurídica-penal no Brasil. Objetivou-se definir, analisar e discutir as peculiaridades teóricas e práticas atinentes ao conceito de violência obstétrica, como também, aos limites da autonomia e do consentimento da gestante. De pronto, constata-se a possibilidade de tipificação da violência obstétrica, por meio da inclusão de um inciso no artigo 129, do Código Penal, incluindo-a na seara da lesão corporal dolosa. Nesse aspecto, uma reflexão profunda é pertinente, principalmente no que toca aos limites objetivos dos pressupostos de punibilidade, a fim de atender os corolários liberais do princípio da legalidade, e assim, evitar como consequência a expansão indevida da aplicação da norma penal, afetando os princípios fundamentais que garantem um sistema punitivo limitado e racional. Far-se-á uma análise das legislações penais vigentes sobre o tema na

América Latina (Venezuela, Argentina e México), bem como, na Espanha e na Alemanha. Questiona-se, portanto, por meio da análise dogmática e legislativa, principalmente no direito comparado, se a violência obstétrica pode ou não ser penalmente tipificada no Brasil.

**Palavras-chave:** Violência obstétrica; Consentimento da gestante; Respeito à autonomia; Direitos humanos; Direitos reprodutivos.

Os Direitos Humanos são os meios pelos quais as leis e políticas públicas que protegem o respeito à determinação reprodutiva são assegurados. Nesse interim, se encontram as Constituições e Tratados Internacionais de Direitos Humanos.<sup>1</sup> Essa percepção surge no Programa de Ação do Cairo, idealizado na Conferência das Nações Unidas de 1994, o qual agregou o direito à tomada de decisões concernentes à reprodução sem discriminação, coerção e violência.<sup>2</sup> Aqui, o reconhecimento da autodeterminação das mulheres é evidenciado, tendo em vista o direito à escolha pessoal, frente à liberdade na tomada de decisões relativas ao próprio corpo e seu direito à reprodução.<sup>3</sup> Em 1995 foi realizada em Pequim (China), a Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres, a qual definiu os Direitos Humanos como Direitos das Mulheres e reconheceu explicitamente *o direito de todas as mulheres de controlar todos os aspectos de sua saúde, em particular sua própria fertilidade*,<sup>4</sup> como ação específica para seu desenvolvimento. E sob este aspecto, o Direito Penal da Medicina é altamente influenciado pelos Direitos Fundamentais.<sup>5</sup>

Nessa conjuntura, inquestionáveis são os avanços da Medicina na detecção de doenças e riscos antes, durante e após o parto, responsáveis pela seguridade de mães e bebês.<sup>6</sup> No entanto, nota-se a existência de excessos

1 COOK, Rebecca J. Estimulando a efetivação dos direitos reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (org.). Reprodução e Sexualidade: Uma questão de Justiça. Porto Alegre: Themis, 2002, p. 15.

2 FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo. Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

3 O Princípio 4 assegura: *O progresso na igualdade e equidade dos sexos, a emancipação da mulher, a eliminação de toda espécie de violência contra ela e a garantia de poder ela própria controlar sua fecundidade são pedras fundamentais de programas relacionados com população e desenvolvimento. Os direitos humanos da mulher e da menina são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais.*

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. Declaração de Pequim Adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPequimquartconfmulh.html>>. Acesso em 29 out. 2019.

5 HILGENDORF, Eric. Introdução ao Direito Penal da Medicina. Tradução: Orlandino Gleizer. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 33.

6 MONTIEL, Juan Pablo. Violencia obstétrica como disposición ilegítima del cuerpo de la parturiente. In: HANS, Kudlich. MONTIEL, Juan Pablo. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. Cuestiones actuales del Derecho Penal Médico. Madrid: Marcial Pons, 2017, p.

defronte às intervenções desnecessárias, nominadas por alguns autores como *patológicas*, ocasionando uma “sobremedicalização” do parto.<sup>7</sup> Diante do aumento nos relatos de experiências negativas de mulheres, sejam por abusos, desrespeitos, maus-tratos, bem como, negligência durante a assistência ao parto, caracterizando gravíssimas violações, a demanda de pesquisas e discussões vinculadas ao tema é ampliada à ciência jurídica-penal, no sentido de uma limitação de responsabilidade em cada caso concreto, proporcionando segurança, também, à atuação dos profissionais de saúde.

Do exposto, a violência obstétrica pode ser definida e caracterizada, conforme orientação dada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) como violência física, humilhações e abusos verbais, procedimentos médicos coercivos ou não consentidos, ausência de consentimento esclarecido antes da realização de procedimentos, cuidado negligente durante o parto levando a complicações evitáveis e situações ameaçadoras da vida, dentre outros.<sup>8</sup> Embora possa ocorrer durante todo e qualquer momento da gravidez, no parto subsiste maior vulnerabilidade, podendo acarretar em graves e diretas consequências, ferindo os direitos reprodutivos e humanos. Assim sendo, demanda-se por uma maior humanização do parto.

No atual sistema brasileiro se verifica forte tendência paternalista, tendo em vista um claro desequilíbrio na relação médico-paciente, com fundamentos na ética hipocrática<sup>9</sup>, da qual o médico se coloca em elevada posição de garantia do suposto bem-estar da paciente, ignorando sua vontade.<sup>10</sup> As intervenções excessivas fundamentam essa lógica e são muito comuns em países da América Latina<sup>11</sup>, a exemplo de um corriqueiro limite imposto pelos profissionais na quadragésima semana de gestação, momento em que, sob alegação de riscos – em verdade inexistentes –, obtêm o consentimento da mãe com o objetivo da realização de uma cesárea, ignorando as ótimas condições de um nascimento natural.<sup>12</sup>

Nesse mesmo sentido, recentemente foi sancionada no Estado de São Paulo a Lei nº 17.137<sup>13</sup>, de 23 de agosto de 2019, a qual incentiva e permite

---

57.

7 MONTIEL, p. 58-59.

8 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf;jsessionid=D4D84886104A30EB633B151EF16EBCB7?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=D4D84886104A30EB633B151EF16EBCB7?sequence=3)>. Acesso em: 27 jul. 2019.

9 A ética hipocrática é o modelo de ética médica tradicional, fundamentada pelo juramento de Hipócrates. HILGENDORF, p. 28.

10 SIQUEIRA, Flávia. Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 29.

11 GLOBO. América Latina é a região com maior taxa de cesáreas do mundo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/10/12/america-latina-e-a-regiao-com-maior-taxa-de-cesareas-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 29 out. 2019.

12 MONTIEL, p. 60.

13 SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Lei nº 17.137 de 23 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/>>



a realização de cesárea, mesmo sem indicação médica, a partir da trigésima nona semana de gestação. A referida lei foi alvo de inúmeras críticas em diversos setores da sociedade<sup>14</sup>, pois, ao dar aparente tom de autodeterminação para a parturiente, inverteu o fundamento, instigando a realização de intervenção cirúrgica mesmo que ausentes os pressupostos de risco, acrescido de precária instrução e informação à parturiente, engendrando verdadeira “epidemia de cesarianas”.

Contrariando o modelo paternalista, Flávia Siqueira afirma que não há lugar para a ética hipocrática em nosso modelo jurídico liberal, fundado na autonomia, em conjunto com a análise do princípio da dignidade humana e da liberdade, os quais são assegurados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e que, apenas a ética da autonomia (com a paciente e sua vontade centralizados na discussão) pode fundamentar e orientar a conduta ética.<sup>15</sup> Na mesma perspectiva, autores como Eric Hilgendorf, sustentam a incompatibilidade do paternalismo médico com a atualidade, vez que o direito do paciente à autodeterminação é ampliado em uma lógica “pós-hipocrática”,<sup>16</sup> e sua vontade torna-se última razão.

Destarte, primordial é o respeito à autonomia da paciente, detentora do direito de se autodeterminar e de fazer escolhas acerca de seu corpo e mente, conforme suas próprias concepções, impondo a terceiros a obrigação de respeitá-las. Além disso, trata-se a capacidade, de um pressuposto essencial para o exercício dessa autonomia na tomada de decisões. Portanto, a paciente deve possuir o grau mínimo desta propensão para ser considerada capacitada.<sup>17</sup> Já o consentimento está ligado ao dever de informação, pois concernente ao fato de que a paciente deve informar seu consentimento diante de cada intervenção médica, o profissional deverá prestar todos os esclarecimentos e informações pertinentes a realização desta. Apesar do consentimento ir muito além da mera assinatura de um termo<sup>18</sup>, a verdadeira ética da autonomia se concretiza com o *consentimento informado*<sup>19</sup>, ou seja, quando o consentimento é obtido posteriormente a prestação de todos os informes pertinentes pelo profissional e a mulher, após questionar todas incertezas e compreendê-las, toma uma decisão livre.

---

lei/2019/lei-17137-23.08.2019.html>. Acesso em: 29 out. 2019.

14 O próprio Conselho Nacional de Saúde (CNS) editou a Recomendação nº 038/2019, pleiteando pela revogação da lei, na justificativa de que esta contraria a política pública de saúde, a qual estabelece o parto normal como regra, bem como, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, a Rede Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases), o princípio da prevenção de risco à saúde e principalmente as recomendações da OMS. BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Recomendação nº 038. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/images/Reco038.pdf>>. Acesso em 29 out. 2019.

15 SIQUEIRA, p. 107.

16 HILGENDORF, p. 30.

17 SIQUEIRA, p. 71-73.

18 SIQUEIRA, p. 111.

19 Os pressupostos do consentimento informado são: a competência e a voluntariedade do paciente, a revelação de informações e a compreensão de todas estas, a recomendação do médico, bem como, a decisão e a autorização dada pelo paciente. SIQUEIRA, p. 130.

No entanto, para além do acesso à informação, indispensáveis são os acessos aos serviços públicos de saúde que abarquem o pré-natal, o parto e o puerpério. Essa compreensão ampliada da lesão aos direitos reprodutivos também vinculam a autonomia e a integridade física dessa gestante, de modo que, a não observância desses direitos também violam sua integridade e dignidade.<sup>20</sup> Amparados na justificativa de uma grave lesão aos direitos, países como a Argentina, Venezuela e México adotaram legislações definidoras da violência obstétrica, assegurando tratamento específico.

Na Venezuela, a “Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida libre de Violencia” de 2007, dispõe no artigo 15, sobre as formas de violência de gênero contra as mulheres, sendo que a violência obstétrica está prevista no inciso 13.<sup>21</sup> Além disso, o artigo 51 define quais são os atos constitutivos executados pelo profissional de saúde que poderão caracterizar a violência obstétrica:

Artículo 51. Se considerarán actos constitutivos de violencia obstétrica los ejecutados por el personal de salud, consistentes en: 1. No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas. 2. Obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, existiendo los medios necesarios para la realización del parto vertical. 3. Obstaculizar el apego precoz del niño o niña con su madre, sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de cargarlo o cargarla y amamantarlo o amamantarla inmediatamente al nacer. 4. Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer. 5. Practicar el parto por vía de cesárea, existiendo condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer<sup>22</sup>.

A lei que posteriormente foi utilizada por alguns Estados do México, em especial, o de Veracruz, prevê ainda penalidades e multas, limitadas em até

20 MONTIEL, p. 62.

21 13. *Violencia obstétrica: Se entiende por violencia obstétrica la apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por personal de salud, que se expresa en un trato deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres.* VENEZUELA. Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida libre de Violencia. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

22 Conforme tradução livre: “Artigo 51. Serão considerados atos constitutivos de violência obstétrica os praticados por profissional de saúde, consistentes em: 1. O não atendimento oportuno e efetivo de emergências obstétricas. 2. Forçar a mulher a dar à luz em posição supina e com as pernas levantadas, havendo os meios necessários para realizar o parto vertical. 3. Obstruir o apego precoce da criança à mãe, sem causa médica justificada, negando-lhe a possibilidade de carregar ou carregar e amamentar ou amamentar imediatamente ao nascer. 4. Alterar o processo natural do parto de baixo risco, através do uso de técnicas de aceleração, sem obter o consentimento voluntário, expreso e informado da mulher. 5. Pratique o parto por cesariana, existindo condições para o parto natural, sem a obtenção do consentimento voluntário, expreso e informado da mulher”.

quinhentas unidades tributárias.

No ano de 2009, foi promulgada a “Ley de Proteccion Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ambitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”<sup>23</sup> na Argentina, em moldes similares a lei da Venezuela, levando em conta a conceituação no artigo 6, alínea e: *Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales.*<sup>24</sup> Já as sanções, previstas no artigo 32, vão desde advertências até assistência aos agressores, com o objetivo de incentivá-los à modificação de seus comportamentos agressivos. Ainda, cumpre destacar que nos casos de desobediência ou cometimento de outro crime, o juiz deverá comunicar o juízo competente em matéria penal. Por fim, o artigo 41 merece ênfase, pois prevê que em nenhuma hipótese as ações e omissões previstas na referida lei importarão na criação de novos tipos penais ou na modificação dos vigentes, evitando dessa forma, a expansão da norma penal indevidamente.

Além de países da América Latina, a Alemanha e a Espanha também adotaram legislações no sentido de proteção à violência de gênero, não mencionando diretamente a violência obstétrica. Na Espanha, existem protocolos seguidos por alguns Governos autônomos, a exemplo da “Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad y Consumo”, direcionando atenção ao parto humanizado, como também, o “Protocolo para la asistencia natural al parto normal”, da Catalunya, relacionado ao sistema de saúde e o incentivo aos partos naturais. Por outro lado, a Alemanha possui uma lei (*Gewaltschutzgesetz – GewSchG*), que abarca todo o tipo de violência doméstica, e protege homens e mulheres de todas as idades. Ainda, há recente legislação acerca do parto confidencial, a qual prevê apenas proteção para a mulher em situações específicas, não abrangendo casos de violência.<sup>25</sup>

Por conseguinte, questiona-se: A violência obstétrica é penalmente relevante? Levando em conta que, as mulheres – especialmente as grávidas – possuem seus direitos humanos e reprodutivos protegidos pela Constituição Federal e por Tratados Internacionais, anteriormente citados, a começar pelo momento em que sua integridade corporal e sua autonomia são violadas, em situação de vulnerabilidade, subsiste concreta e grave violação aos seus direitos, sua dignidade e sua liberdade, em consonância com os objetivos constitucionais, de modo que, a relevância penal da violência obstétrica é justificada.

23 ARGENTINA. Ley de Proteccion Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ambitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/150000-154999/152155/norma.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

24 Conforme tradução livre: “Violência obstétrica: aquela exercida pelo profissional de saúde sobre o corpo e os processos reprodutivos das mulheres, expressada em um tratamento desumanizado, um abuso de medicalização e patologia de processos naturais.”

25 MONTELL, p. 66.

À vista disso, resta um segundo questionamento: A violência obstétrica pode ser penalmente tipificada no Brasil? Considerando que esta nada mais é do que a ofensa à integridade da parturiente, verifica-se que a referida descrição muito se assemelha do tipo penal previsto no artigo 129, do Código Penal Brasileiro, ou seja, ao crime de lesão corporal. Segundo Paulo Busato, a lesão corporal é, em princípio, toda a ofensa à integridade física ou a saúde de outrem, dirigindo-se à pretensão de proteção do ser humano independente.<sup>26</sup> Dessa forma, analisando o artigo, verificamos:

Lesão corporal

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

Lesão corporal de natureza grave

§ 1º Se resulta:

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;

IV - aceleração de parto:

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Constata-se a existência do inciso IV, no parágrafo 1º, do termo aceleração de parto. Este termo gerou controvérsias, dado que, ao interpretar a palavra “aceleração”, supõe-se que o parto foi realizado anteriormente do período previsto, em razão da lesão.<sup>27</sup> Além disso, trata-se de terminologia inadequada ao abranger apenas situações de aceleração de parto, não abrangendo outras situações de violência obstétrica, a exemplo da realização forçada de cesáreas, episiotomias, manobras inadequadas, a exemplo da manobra de Kristeller<sup>28</sup>, sem o consentimento da gestante, situações amplamente examinadas neste trabalho.

Por estas razões, optou-se em propor, por meio legislativo, a inclusão de um inciso no artigo 129, na modalidade das lesões corporais dolosas, vez que, nos casos de violência obstétrica há evidente ofensa à integridade física e a saúde da parturiente, quando o profissional de saúde, de forma dolosa<sup>29</sup>,

26 BUSATO, Paulo César. Direito Penal: Parte Especial 2. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 117.

27 BUSATO, p. 129.

28 “A manobra de Kristeller consiste na compressão do fundo uterino durante o segundo período do trabalho de parto objetivando a sua abreviação. (...) Existem algumas evidências, ainda que escassas, de que tal manobra constitui um fator de risco de morbidade materna e fetal, pelo que se considera que sua realização deve ser limitada a protocolos de investigação desenhados para avaliar sua eficácia e segurança para a mãe e o feto.” BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 353. Disponível em: <[http://portalarquivos.saude.gov.br/images/jpeg/2017/fevereiro/18/MINUTA-de-Portaria-SAS\\_Parto-Normal\\_09\\_02\\_2017.pdf](http://portalarquivos.saude.gov.br/images/jpeg/2017/fevereiro/18/MINUTA-de-Portaria-SAS_Parto-Normal_09_02_2017.pdf)>. Acesso em 13 nov. 2019.

29 Ou seja, se o profissional de saúde lesionar a gestante com consciência, vontade, intenção ou finalidade de lesioná-la, sem o seu consentimento, haverá adequação típica e esta conduta será considerada dolosa. “Os aspectos subjetivos do conteúdo anímico do sujeito são compostos por consciência, vontade, intenção (propósito), finalidade, in-

realiza a ação correspondente, sem o seu consentimento. Ademais, conforme defende a doutrina<sup>30</sup>, nos casos que envolvem a saúde, o conceito de violência é ampliado, pois o dano poderá ser anatômico ou fisiológico, podendo incluir até danos psíquicos e psicológicos, os quais, sem dúvida, serão representativos para a vítima. Importante frisar que a problemática não está no fato de realizar técnicas inadequadas ou invasivas, mas sim em realiza-las sem o consentimento da mulher, limitando sua autodeterminação.

Salienta-se que a pretensão punitiva observa o princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), reitor central do Direito Penal, posto que um sujeito somente poderá ser penalizado quando uma conduta estiver prevista em lei, evitando arbitrariedades por parte do Estado,<sup>31</sup> limitando os pressupostos de punibilidade. De igual forma, o princípio da especialidade, pois a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral, evitando o *bis in idem* com a definição do mesmo fato típico.<sup>32</sup> Conquanto, o Estado possui interesse na proteção da integridade de seus cidadãos, porém, há limites para sua intervenção, devendo uma conduta consentida ser caracterizada como lícita.<sup>33</sup>

Destaca-se novamente a imprescindibilidade do dever de esclarecimento à parturiente, com todos os riscos e procedimentos a serem realizados durante o parto. Além da validade, a relação entre médico e paciente deverá ser nivelada e igualitária, observando o modelo liberal e não o paternalista, dado que, com o cumprimento dos pressupostos estabelecidos, as intervenções médicas serão legítimas e a conduta do profissional não será penalmente relevante. Em contrariedade, um tratamento arbitrário, que não leve em consideração a vontade da paciente, a princípio, caracterizaria uma conduta punível, justificada pela necessidade de uma proteção qualificada aos direitos reprodutivos da mulher. Conclui-se, portanto, pela possibilidade de tipificação da violência obstétrica pela via legislativa, por meio da inclusão de um inciso no artigo 129 do Código Penal (lesão corporal dolosa), observando os princípios da legalidade e da especialidade, bases de nosso ordenamento jurídico.

## Referências

### ARGENTINA. **Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y**

---

diferença ou assunção de um risco por parte do sujeito, os quais são aferidos em relação à hipótese típica, de modo que quando correspondem ao conteúdo do tipo, a conduta respectiva deverá ser classificada como dolosa. O dolo é um instrumento de imputação típica, e consiste em um recurso operacional, mediante o qual a conduta é classificada como subjetivamente típica quando os aspectos psicológicos e intelectuais que a compõem corresponde à hipótese típica”. EISELE, Andreas. *Direito Penal Teoria do Delito*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 251.

30 BUSATO, p. 118.

31 HILGENDORF, Eric. *Direito Penal: Parte Geral*. Tradução: Orlandino Gleizer. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 40.

32 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 267.

33 BUSATO, p. 136.

**Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ambitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales.** Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Declaração de Pequim Adotada pela Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres: Ação para Igualdade, Desenvolvimento e Paz.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecPequimquartconfmulh.html>>. Acesso em 29 out. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. **Recomendação nº 038.** Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br/images/Reco038.pdf>>. Acesso em 29 out. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 353.** Disponível em: <[http://portalarquivos.saude.gov.br/images/jpeg/2017/fevereiro/18/MINUTA-de-Portaria-SAS\\_Parto-Normal\\_09\\_02\\_2017.pdf](http://portalarquivos.saude.gov.br/images/jpeg/2017/fevereiro/18/MINUTA-de-Portaria-SAS_Parto-Normal_09_02_2017.pdf)>. Acesso em 13 nov. 2019.

BUGLIONE, Samantha (org.). **Reprodução e Sexualidade: Uma questão de Justiça.** Porto Alegre: Themis, 2002.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Especial 2.** 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

EISELE, Andreas. **Direito Penal Teoria do Delito.** Salvador: JusPodivm, 2018.

FUNDO DE POPULAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plataforma de Cairo.** Disponível em: <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

GLOBO. **América Latina é a região com maior taxa de cesáreas do mundo.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/10/12/america-latina-e-a-regiao-com-maior-taxa-de-cesareas-do-mundo.ghtml>>. Acesso em: 29 out. 2019.

HANS, Kudlich. MONTIEL, Juan Pablo. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo. **Cuestiones actuales del Derecho Penal Médico.** Madrid: Marcial Pons, 2017.

HILGENDORF, Eric. **Direito Penal: Parte Geral.** Tradução: Orlandino Gleizer. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

HILGENDORF, Eric. **Introdução ao Direito Penal da Medicina.** Tradução: Orlandino Gleizer. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.** Disponível em: <[https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO\\_RHR\\_14.23\\_por.pdf;jsessionid=D4D84886104A30EB633B151EF16EBCB7?sequence=3](https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=D4D84886104A30EB633B151EF16EBCB7?sequence=3)>. Acesso em: 27 jul. 2019.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. **Lei nº 17.137 de 23 de agosto de 2019**. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2019/lei-17137-23.08.2019.html>>. Acesso em: 29 out. 2019

SIQUEIRA, Flávia. **Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina**. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

VENEZUELA. **Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una vida libre de Violencia**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6604.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

# DAÑO NO PATRIMONIAL POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

Eduardo Sirtori

Estudiante del doctorado en derecho privado de la Universidad de Salamanca

## Resumen:

Esta comunicación tiene por objeto establecer cuándo la violación de los Derechos Humanos (DDHH) implica la configuración de un daño no patrimonial. En España y Europa esta protección se ha extendido tanto en forma de derecho comunitario como *soft law*. Ejemplo de esto es la LO 01/82. En el derecho de daños contemporáneo se ha sostenido han tesis sobre la función del derecho de daños como la prevención y la reintegración de derechos. El autor no comparte esta tesis, pero sí considera que la violación a DDHH y bienes de la personalidad son hechos generadores de perjuicios no patrimoniales. Sin embargo, no toda lesión a un DDHH constituye un perjuicio no patrimonial; de ser así tendríamos tantos daños no patrimoniales como derechos existen. La propuesta de este consiste trabajo ubicar sistemáticamente las violaciones a los DDHH dentro de las categorías contemporáneas de daño no patrimonial en Europa Continental. Se concluye que, aunque la Responsabilidad Civil no tenga la función de restitución de derechos, a través de la compensación logra impartir una justicia correctiva que proporciona a la víctima medios dinerarios para la superación del daño.

**Palabras-clave:** Responsabilidad civil (Tort Law); Derechos Humanos (Humans Rights); Daño no patrimonial (Non Pecuniary Loss).

## ¿Es el D. de daños un mecanismo idóneo para garantizar la tutela efectiva de los DDHH?

Uno de los primeros antecedentes de lo que hoy conocemos como responsabilidad civil es la *lex aquilia* romana. En ella se establecía un catálogo de delitos privados los cuales daban lugar a una pena en dinero. Los delitos públicos, por el contrario, no eran susceptibles de este tratamiento y su pena no era pecuniaria<sup>1</sup>.

De la anterior distinción es posible concluir que nuestro sistema de responsabilidad no deriva directamente de la *lex aquilia*, sino que ésta más bien

<sup>1</sup> ALPA G. *La responsabilidad civil* T-I. Ed. Ara. Lima. 2017. p. 51



constituye el antecedente directo de lo que en el derecho penal se conoce como delitos contra el patrimonio económico. No negamos la conexión y la calidad de antecedente de la *lex aquilia* con el actual derecho de daños, pero éste es una creación del pensamiento cristiano<sup>2</sup>. El principio de caridad cristiana influyó a la Escuela Naturalista de la cual Domat y Pothier fueron exponentes; y como es bien sabido, estos juristas fueron los arquitectos del *Code* de 1804, el cual tiene una tendencia marcadamente naturalista<sup>3</sup>.

Con base en los principios de caridad y solidaridad no era una actitud cristiana dejar a la víctima desamparada con su daño. Sin embargo, en los albores de la responsabilidad civil, era necesaria la prueba de una culpa de quien cometía el daño. Adicionalmente, el *Code* no introdujo un catálogo de bienes de la personalidad, lo cual supone un primer problema para la valoración de la responsabilidad civil como mecanismo para la protección de los DDHH. La mentalidad burguesa de la época codificadora dejó latente la valoración de la persona humana como una entidad meramente patrimonial, sujeto de derecho y obligaciones; dejó por fuera su dimensión axiológica<sup>4</sup>.

Con posterioridad a la codificación, aparecieron muchos avances doctrinales a favor de la tutela civil de los bienes de la personalidad. En las codificaciones tardías como el BGB y el *Codice* se reconoce de manera expresa la posibilidad de indemnizar daños no patrimoniales, es decir, aquellos que suponen una lesión a la dimensión axiológica y psicofísica de la persona. Esto se debe, entre otras razones, a que para principios del siglo ya en los sistemas atípicos la jurisprudencia había reconocido estas partidas indemnizatorias.

## Sistema típicos y atípicos

Los sistemas civiles se pueden dividir en dos grupos: a) típicos o cerrados b) atípicos, abiertos o de cláusula general. Los sistemas típicos son aquellos que cuentan con un catálogo de conductas que dan lugar a la obligación de reparar<sup>5</sup> y/o un listado de derechos que al ser lesionados dan derecho a una indemnización<sup>6</sup>; también hablamos de un sistema típicos cuando exista

---

2 LLAMAS E. *Problemas actuales de la responsabilidad civil* Ed. Consejo Superior de la Judicatura. Bogotá. 2011. p.22

3 ALPA G. *op. cit.* p. 60

4 ALONSO M. "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el código civil de 1889" En *Centenario del código civil (1889-1989)* Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1990

5 Cfr. MC GREGOR H. "personal injury and death" en *Int. Enc. Comp. L. vol. XI/II Torts*. TUNC A. (Chief editor). Ed. Paul Siebeck, Tübingen and Martinus Nijhoff publishers. 1983. p. 59 y ss.

6 Como por ejemplo en el BGB 847: "1. En el caso de lesión al cuerpo o a la salud, o en el caso de privación de libertad, la persona perjudicada también puede exigir la indemnización equitativa en dinero por un daño que no es un daño patrimonial. 2. Una pretensión similar corresponde a una mujer contra la que se comete un crimen o un delito inmoral, o que es seducida con fraude, amenazas o en abuso de una relación de dependencia a permitir la cohabitación extramatrimonial": EIRANOVA E. Código Civil alemán comentado. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998.

un listado de perjuicios resarcibles.

Son sistemas atípicos aquellos que extraen los elementos de la responsabilidad civil de una clausula general. Las conductas que generan la obligación de reparar y los daños resarcibles se establecen a partir de la formula general prevista en una norma. El principio de libertad inspira los sistemas abiertos, lo cual se traduce en que el sujeto es libre de actuar, pero si lesiona cualquier interés de otro debe indemnizarlo, salvo que oponga otro interés superior o el que alega lesiona sea ilegal o ilegítimo<sup>7</sup>.

No podemos decir que un sistema sea mejor que otro, pues cada uno cuenta con sus virtudes y defectos. Por ejemplo, en los sistemas típicos la rigidez puede verse como un defecto, pero no tanto si se le compara con la elasticidad de los sistemas atípicos que ha llevado al escándalo del daño moral. Los sistemas abiertos a su turno tienen como ventaja la elasticidad entendida como la apertura de la responsabilidad civil como mecanismo para solucionar nuevos problemas sociales como los daños en las relaciones familiares o eventos de *wrongful conception, brith, life, etc.*

En los sistemas típicos la responsabilidad tiene como función la restitución de derechos y por ello implica como presupuesto del daño su lesión. En estos sistemas están claramente definidos los principios orientadores a favor de la responsabilidad civil como mecanismo para la protección de DDHH y bienes de la personalidad. Por el contrario, en los sistemas abiertos, estos fue una construcción de la doctrina y la jurisprudencia<sup>8</sup>. Sin embargo, el concepto se elaboró para otorgarle un estatus jurídico a los bienes de la personalidad dada su ausencia en el código, pero no como un requisito del daño resarcible. Así, de la lesión de un derecho, interés o bien, puede surgir la obligación de reparar, aunque no esté tipificado.

## Del daño moral al daño no patrimonial

Tradicionalmente se ha identificado el daño moral como el gran género de todo daño no patrimonial. Consideramos lo contrario: el daño moral es una especie del género daño no patrimonial. No obstante, la primera concepción tiene asidero en las primeras concepciones del daño moral.

En España, el primer caso de daño moral reconocido fue en virtud de la protección del derecho al honor. El TS en sentencia de 1912 condenó al periódico *El Liberal* por haber difundido una noticia falsa en contra de una mujer. Bajo esta primera modalidad el daño moral se concibe como aquel que vulnera los derechos de la personalidad.

Otra concepción es aquella que lo asocia al dolor y sufrimiento, físico y espiritual. Esta definición de LLAMAS nos ilustra acerca del alcance y contenido

7 PANTALEÓN F., “De las obligaciones que nacen por culpa o negligencia” en *Comentario del código civil*. Cándido Paz-Ares et. al. Dir. (Madrid: Ministerio de Justicia, 1990) p. 1972

8 DE CASTRO F. “Los llamados derechos de la personalidad” En ADC pp. 1238-1275 Fasc I. Madrid.1959

del daño moral en España: “con la expresión daño moral, aludimos a un conjunto muy heterogéneo de supuestos, lo que provoca la dificultad de su definición. quizás lo mejor sea entender por daño moral el irrogado al ser humano en sus valores más personales, en la profundidad de la psique (de ahí el llamado *pretium doloris*): daño que afecta directa y contundentemente el espíritu. Los patrimoniales llevan a dañar a la persona, su espíritu también, pero siempre atravesando la corteza de las cosas, la materialidad circundante”<sup>9</sup>

No obstante, con el paso del tiempo la jurisprudencia ha ido extendiendo el ámbito de protección de intereses que se consideran protegidos como daños no patrimoniales. Por ejemplo, el daño a la vida de relación, que afecta la esfera exterior del sujeto privándolo de aquellas actividades placenteras y ordinarias de la vida.

En los sistemas típicos expresamente se acude a la voz daño no patrimonial, como ocurre en el 2059 del *codice*. Con todo, es necesario aclarar que tanto en los sistemas típicos como en los atípicos la tutela civil corresponde al ámbito privado de la vulneración de derechos e intereses; le corresponde al derecho público la protección, prevención y promoción de estos. Cuando el derecho de daños entra en juego ya los derechos están vulnerados y como es bien sabido, la reparación in natura en estos casos es infrecuente.

## **Daño no patrimonial en el *soft law* europeo**

El derecho privado europeo se puede clasificar en comunitario y *soft law*. Las normas del primer grupo son de obligatorio acatamiento y en ellas incluimos directivas y reglamentos; en materia de derecho de daños podemos destacar el Reglamento de Roma. El *soft law* por su parte es también llamado derecho académico<sup>10</sup> y está compuesto por los trabajos que elaboran diferentes grupos de juristas y académicos internacionales que propenden por la armonización del derecho privado europeo.

Existen diversos grupos, pero dada la corta extensión de este trabajo solo aludiremos a lo dispuesto en los Principios Europeos de Responsabilidad Civil (PELT) y el Marco Común de Referencia (DCFR). La idea de armonizar, en lugar de unificar, surge de la conciliación de los diferentes sistemas civiles entre los cuales existen diferencias dogmáticas pero que las consecuencias prácticas vienen a ser muy similares.

Obedeciendo a tales consideraciones cada grupo cuenta con una comisión que hace un reporte interno de cada y posteriormente se armoniza con uno conjunto de todas las comisiones. Es así como encontraremos elementos tanto de sistemas abiertos como cerrados.

El DCFR alude a los dolor, sufrimiento y deterioro de la calidad de vida

9 LLAMAS E., *La responsabilidad civil del médico* Ed. Trivium. Madrid. 1988 p. 234

10 Principios europeos de responsabilidad civil (PELT). Traducción de Miquel Martín-  
<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>

como sinónimos de daño no patrimonial<sup>11</sup>. En general es poco lo que se profundiza sobre el daño no patrimonial, a diferencia de los PELT. Con todo, lo que queremos resaltar es la denominación daño no patrimonial como genero del daño moral.

*(1) En atención al alcance de su protección (artículo 2:102), la lesión de un interés puede justificar la compensación del daño no patrimonial. Este es el caso, en especial, si la víctima ha sufrido un daño corporal o un daño a la dignidad humana, a la libertad o a otros derechos de la personalidad. También puede resarcirse el daño no patrimonial de aquellas personas allegadas a la víctima de un accidente mortal o una lesión muy grave.*

*(2) En general, para cuantificar tales danos se tendrán en cuenta todas las circunstancias del caso, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño. El grado de culpa del causante del daño solo se tendrán en cuenta si contribuye al daño de la víctima de modo significativo.*

*(3) En los casos de daño corporal, el daño no patrimonial corresponde al sufrimiento de la víctima y al perjuicio de su salud física o psíquica. En la cuantificación de las indemnizaciones (incluyendo las que correspondan a las personas allegadas a la víctima fallecida o que ha sufrido lesiones graves) se deberán conceder sumas indemnizatorias similares por aquellas pérdidas que sean objetivamente similares.*

De la lectura de este artículo se puede establecer que a nivel europeo existe un consenso en aceptar al derecho de daños como mecanismo para la protección de DDHH. Sin embargo, insistimos de que se trata de una protección civil, pues la función de la responsabilidad civil es compensatoria, no preventiva, ni punitiva<sup>12</sup>.

Nótese como se hace una enunciación de los derechos, libertades e intereses en armonía con lo dispuesto en el art del mismo documento. Con todo, se trata de una relación de tipo ilustrativo, no taxativa ya que la protección dispensada será mayor en la medida en que el derecho, libertad o interés vulnerado tenga un mayor o menor valor dentro de la jerarquía que los mismos PELT incorporan. Esto concilia los sistemas abiertos y cerrados, ya que por una parte hay mención expresa del objeto de protección, pero también se deja abierta la posibilidad de incluir dentro de la clausula general los supuestos no previstos de manera expresa. Pensemos en los casos de *wrongful conception o life*<sup>13</sup>.

## Tipología del daño no patrimonial en el derecho comparado

Los daños no patrimoniales pueden recaer sobre bienes o personas. En

11 AAVV. *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: El marco común de referencia (DCFR)* CARMEN JEREZ (COORD.) Ed. Boletín oficial del Estado. Madrid. 2015 p.315

12 Cfr. LLAMAS E. “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)” En *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T-II*. Ed. Civitas. Madrid. pp. 2203-2225

13 MARTIN-CASALS M., “Una primera aproximación a los principios europeos de la responsabilidad civil” En *Indret* 2/2005

tratándose protección de DDHH resulta más acertado hablar de daño a la persona, los cuales pueden ser de índole patrimonial y no patrimonial.

Los daños no patrimoniales se pueden clasificar en exteriores e interiores. Al primer grupo pertenecen todos aquellos que afectan la esfera social del individuo; al segundo aquellos que se proyectan sobre la esfera espiritual, íntima y afectiva del sujeto. Al primer grupo pertenecen perjuicios como el estético, el sexual, biológico, a la salud, de agrado o daño a la vida de relación. Al segundo grupo corresponden todas las modalidades del daño moral; tanto el *pretium doloris* como la lesión a los bienes de la personalidad.

Superaría los límites de este trabajo caracterizar cada uno de estos supuestos, pero en general diremos que los daños no patrimoniales exteriores tienen que ver con las relaciones sociales, culturales, deportivas, placenteras, cotidiana y de ocio entre otras actividades de la vida de víctima. Los daños no patrimoniales interiores van ligados a las creencias íntimas de cada persona y a su dimensión axiológica.

De esta diferencia surge uno de los principales problemas que hemos planteado en este trabajo ¿Puede la lesión de un DDHH dar lugar a un perjuicio autónomo? Consideramos que la respuesta es negativa, un correcto entendimiento de la figura del daño no patrimonial nos llevaría a incluir la violación de un DDHH dentro de uno de los grupos de daño no patrimonial.

Por ejemplo, un médico se niega a aplicar un tratamiento de esterilización a una mujer alegando que es muy joven; se está vulnerando su derecho a la libertad y autonomía corporal. Este daño podría considerarse moral, si en principio no hay otras consecuencias. No generaría un perjuicio por violación a la libertad o autonomía. Además, cuando el derecho de daños aparece por regla general no hay vuelta a atrás, por tanto, también fracasa la pretendida función preventiva de la responsabilidad civil.

## **Función de la responsabilidad civil**

Siguiendo a Weinrib el derecho de daños tiene por objeto impartir justicia correctiva<sup>14</sup>. Los correctivos o remedios cuando hablamos de vulneración a DDHH se traducen en una indemnización en metálico, lo cual a nuestro juicio la hace inidónea para proteger de forma preventiva o punitiva a las víctimas de daños.

Cosa diferente es la tutela inhibitoria del daño, que opera de forma similar a los antiguos interdictos romanos y que puede constituirse como un instrumento de prevención o cese de conductas que pueden ser potenciales causantes de perjuicios. No obstante, esto no es responsabilidad civil sino otro mecanismo diferente.

En lo que hace a los daños no patrimoniales por violación a los DDHH consideramos acertada que la función de la indemnización en estos casos es la superación. Se trata de una teoría que sostiene que el dinero en estos casos

---

14 Cfr. WEINRIB E. *La idea de derecho privado*. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2017.

es útil para que la persona a través de otras sensaciones diferentes a las que le privó pueda superara o dejar atrás la agresión. La compensación se presenta como una ayuda para la superación del daño, no como el pago por una reacción subjetiva a un sentimiento desagradable<sup>15</sup>.

## ¿Está en crisis la responsabilidad civil?

De acuerdo con la pregunta que orienta esta mesa, creemos que el derecho de daño no atraviesa una crisis, sino que, por el contrario, estamos ante su transformación que viene dada por su propia inteligibilidad interna como lo pone de presente Weinrib.

La sociedad va cambiando y las instituciones tradicionales del derecho civil a veces son insuficientes para solucionar algunos problemas. No podemos pensar en una extensión desmedida de la responsabilidad civil a otros ámbitos en los cuales no es un mecanismo idóneo para la solución de problemas. Es por ellos que consideramos que el derecho de daños no es un mecanismo idóneo para proteger los DDHH, pero si para lograr una reparación integral a la víctima que le ayude a superar una agresión injusta.

Insistimos en que corresponde al derecho publico la promoción y protección social de los DDHH, pero dado que el derecho de daños se basa en el principio general de libertad no es una herramienta adecuada para desestimular comportamientos violatorios a los DDHH ya que cuando entra en juego los perjuicios ya se han causado.

## Referências

AAVV. **Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo:** El marco común de referencia (DCFR) Carmen Jerez (coord.) Ed. Boletín oficial del Estado. Madrid. 2015

ALPA, G. **La responsabilidad civil** T-I. Ed. Ara. Lima. 2017

ALONSO, M. “Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el código civil de 1889”. En **Centenario del código civil (1889-1989)**. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 1990

DE CASTRO, F. “Los llamados derechos de la personalidad”. En **ADC** pp. 1238-1275 Fasc I. Madrid.1959

EIRANOVA, E. **Código Civil alemán comentado**. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1998.

MC GREGOR, H. “Personal injury and death” en **Int. Enc. Comp. L. vol. XI/II Torts**. Tunc a. (Chief editor). Ed. Paul Siebeck, Tübingen and Martinus Nijhoff publishers. 1983.

LLAMAS, E. **La responsabilidad civil del médico**. Ed. Trivium. Madrid. 1988 p.

<sup>15</sup> MARTIN-CASALS M., “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación en la LO 1/1982” pp. 1231-1274. En **Centenario del código civil 1889-1989**. Ed. Ramon Areces, Madrid. 1990. p. 1241

\_\_\_\_\_. “La tutela inhibitoria del daño (la otra manifestación del derecho de daños)”. En **Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo**, T-II. Ed. Civitas. Madrid. pp. 2203-2225

MARTIN-CASALS, M. “Una primera aproximación a los principios europeos de la responsabilidad civil”. En **Indret** 2/2005

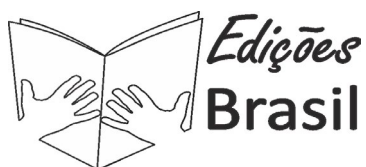
\_\_\_\_\_. “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación en la LO 1/1982” pp. 1231-1274. En **Centenario del código civil 1889-1989**. Ed. Ramon Areces, Madrid. 1990. p. 1241

PANTALEÓN, F. “De las obligaciones que nacen por culpa o negligencia”. En **Comentario del código civil**. Cándido Paz-Ares et. al. Dir. (Madrid: Ministerio de Justicia, 1990)

Principios europeos de responsabilidad civil (PELT). Traducción de Miquel Martín-  
<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>

WEINRIB, E. **La idea de derecho privado**. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2017.

Apoio Cultural:



[www.edicoesbrasil.com.br](http://www.edicoesbrasil.com.br)  
[contato@edicoesbrasil.com.br](mailto:contato@edicoesbrasil.com.br)



EDITORA FIBRA

[www.editorafibra.com.br](http://www.editorafibra.com.br)  
[contato@editorafibra.com.br](mailto:contato@editorafibra.com.br)



Contato: [cnunes.adv@uol.com.br](mailto:cnunes.adv@uol.com.br)  
[@edbrasilica](https://www.instagram.com/edbrasilica)





**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS  
VOLUME 8**

**IV CONGRESSO  
INTERNACIONAL DE DIREITOS  
HUMANOS DE COIMBRA  
uma visão transdisciplinar**

[www.cidhcoimbra.com](http://www.cidhcoimbra.com)



Série Simpósios do IV CIDHCoimbra 2019

ISBN 978-65-86051-11-7



9 786586 105111 7