

# NOVOS DIREITOS

DIREITOS HUMANOS

## ORGANIZADORES

Luzia Cristina Antoniossi Monteiro  
Vania Aparecida Gurian Varoto  
Sara Corrêa Fattori  
Nayara Mendes Silva

**Coleção NOVOS DIREITOS**

Celso Maran de Oliveira (organizador)

Luzia Cristina Antoniossi Monteiro

Vania Aparecida Gurian Varoto

Sara Corrêa Fattori

Nayara Mendes Silva

**Organizadoras**

**NOVOS DIREITOS**

**Direitos Humanos**

São Carlos

2018

© 2018 by Celso Maran de Oliveira (organizador da Coleção Novos Direitos)

ISBN da Coleção Completa: 978-85-65621-03-8

Direitos dessa edição reservados à Comissão Permanente de Publicações

Oficiais e Institucionais – CPOI

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa da Editora.

**Capa e Projeto Gráfico:** Matheus Manzini

**Editoração eletrônica:** Thaís de Brito Barroso, Samanta do Prado

**Normalização:** Cláudia de Moraes Barros de Oliveira

**Dados internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**

Novos Direitos : Direitos Humanos / Luzia Cristina Antoniossi Monteiro et al. (organizadores). - São Carlos : CPOI/U1FSCar, 2018. 224 p. - (Coleção Novos Direitos, 4).

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-65621-07-6

1. Direito. 2. Direitos humanos. I. Monteiro, Luzia Cristina Antoniossi, org. II. Varoto, Vania Aparecida Gurian, org. III. Fattori, Sara Corrêa, org. IV. Silva, Nayara Mendes, org. V. Coleção



**Reitor**

Wanda Aparecida Machado Hoffmann

**Comissão Editorial**

Luzia Sigoli Fernandes Costa

Zaira Regina Zafalon

**Vice-Reitor**

Walter Libardi



Universidade Federal de São Carlos

Comissão Permanente de Publicações Oficiais e Institucionais

Via Washington Luís, km 235 . CEP: 13565-905 .

São Carlos, SP . Brasil

Telefone: (16) 3351-9472 (16) 3306-6900

<http://www.cpoi.ufscar.br> . E-mail: [cpoi@ufscar.br](mailto:cpoi@ufscar.br)

## SUMÁRIO

CARTA DE APRESENTAÇÃO .....	9
Capítulo 1 .....	10
MUNICÍPIO NO FEDERALISMO À BRASILEIRA: elemento garantidor da efetivação dos direitos humanos	
<b>Jamile Gonçalves Calissi</b> <b>Ilnah Toledo Augusto</b>	
Capítulo 2 .....	30
A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES JURIDICAMENTE RELEVANTES FRENTE À TUTELA DA PESSOA HUMANA: responsabilidade civil por dano existencial	
<b>Maiara Santana Zerbini</b> <b>Vívian Martins Sgarbi</b>	
Capítulo 3 .....	46
A QUESTÃO DA SEXUALIDADE NO DIREITO HUMANITÁRIO: como repensar o Estatuto de Roma?	
<b>Gabriel C. L. Martire</b> <b>Gabriel Rached</b>	
Capítulo 4 .....	68
A PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS PELOS NÚCLEOS FAMILIARES POLIAFETIVOS	
<b>Jussara Romero Sanches</b> <b>Daniela Braga Paiano</b>	
Capítulo 5 .....	79
ADOÇÃO NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: representações sociais e interdisciplinaridade	
<b>Ludmilla Santos de Barros Camilloto</b> <b>Margareth Diniz</b>	
Capítulo 6 .....	98
DIREITOS HUMANOS, SERVIÇO SOCIAL E QUESTÃO RACIAL: o que os une e os separa?	
<b>Maria Luisa da Costa Fogari</b>	
Capítulo 7 .....	110
DIREITOS E GARANTIAS DOS PORTADORES DE HIV E DOENTES DE AIDS NO BRASIL	
<b>Thiago Daniel Ribeiro Tavares</b> <b>Carolina de Brito Ramalho Luz Tavares</b>	
Capítulo 8 .....	128

A SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: precarização do sistema frente à tuberculose

**Bruno de Paula Checchia Liporaci**

**Rafael Matsuda Suzuki**

**Guilherme de Oliveira Faleiros**

Capítulo 9 ..... 144

VIOÊNCIA E MARGINALIZAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO: estudo dos efeitos sócio-políticos do encarceramento

**Giovana de Castro Resende Franco**

**Filipe Regne Mamede**

Capítulo 10 ..... 158

O SISTEMA DE PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: uma análise histórico-conceitual e quantitativa

**Aline de Azevedo da Silva**

**Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino**

Capítulo 11 ..... 175

AMBIENTE FAMILIAR NA ERA DA MODERNIDADE LÍQUIDA DE ZIGMUNT BAUMAN

**Manoel Geralcino Alves**

**Luciana Helena Crnkovic**

Capítulo 12 ..... 190

A BANCADA EVANGÉLICA E O ESTATUTO DA FAMÍLIA: uma lei sacra(?)

**Luiz Augusto Leite**

**Mário Cezar Silva Leite**

Capítulo 13 ..... 210

TEORIA CLÁSSICA E TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: potencial libertador?

**Fernanda Cristina Barros Marcondes**

## **CARTA DE APRESENTAÇÃO**

Os trabalhos reunidos nesse e-book representam uma parcela dos bons frutos colhidos com a realização do II Congresso Novos Direitos: a interdisciplinaridade do Direito na sociedade contemporânea, realizado entre os dias 18 a 20 de outubro de 2017, na Universidade Federal de São Carlos-UFSCar.

São 13 artigos, selecionados, em primeira fase, para apresentação oral no Congresso, e em segunda análise, foram revisados novamente, confirmando sua relevância acadêmico-científica para publicação em meio digital que trata de assuntos relacionados aos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), base propulsora e de constituição internacional, por enumerar direitos e liberdades fundamentais busca evitar situações que coloquem em risco os grupos sociais menos favorecidos. Entretanto, diante das transformações na sociedade contemporânea surgem questões complexas e demandas emergentes que atingem, irremediavelmente, a dignidade da pessoa humana, e em especial, populações mais vulneráveis.

Diante dessa realidade, são imprescindíveis debates de alcance popular, estudos interdisciplinares e equipes multiprofissionais na direção precípua de minimizar problemas e alçar rumo aos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988 e em outros Documentos Internacionais.

A efetividade dos direitos que contemplem a dignidade humana, na sociedade contemporânea, perpassa temáticas importantes como as abordadas nesses trabalhos, que versam sobre: relações no âmbito familiar; abordagens sobre a violência e a saúde no sistema prisional; a imunodeficiência; a sexualidade; o serviço social e problemas raciais. Essa publicação também contempla artigos com enfoques mais gerais: teorias dos direitos humanos; direitos da pessoa e dano existencial; a questão do município e a efetivação dos direitos humanos.

Com o objetivo de multiplicar o conhecimento em temas relacionados aos Direitos Humanos, é que organizamos essa coletânea em forma de e-book. E, com a expectativa de que essas questões, à medida em que estejam mais acessíveis, alcancem maior efetividade. Desejamos ótima leitura!

*Organizadoras*

## Capítulo 1

### **MUNICÍPIO NO FEDERALISMO À BRASILEIRA: elemento garantidor da efetivação dos direitos humanos**

MUNICIPALITY IN FEDERALISM TO BRAZILIAN: a guarantor of the realization of human rights

*Jamile Gonçalves Calissi<sup>1</sup>*  
*Ilnah Toledo Augusto<sup>2</sup>*

#### **RESUMO**

Pretende-se fazer uma análise da forma federativa de Estado, percorrendo em primeiro plano um estudo geral sobre o federalismo bem como suas espécies contemporâneas; como consequência ao aspecto inicial, analisar-se-á o federalismo brasileiro e suas características fundamentais para extrair da autonomia, a abordagem das poses exclusivas de competências. Por fim, a inserção do município como ente federado tendo como observação metodológica a função de garantidor dos direitos humanos. Assim, a pesquisa analítica e apurada acerca do Município, analisando-o em seus aspectos mais importantes, com uma abordagem amplamente calcada no Município como elemento garantidor de direitos humanos. A análise observará o ponto consonante entre Município e direitos humanos, apontando a importância deste para aquele, considerando a terminologia e a essência dos direitos humanos e o seu conteúdo explicitamente histórico de intermináveis lutas do cidadão contra a arbitrariedade do Estado e por estarem dispostos em Declarações de cunhos históricos. A abordagem incluirá, também, e por fim, uma apresentação de políticas públicas que poderão auxiliar o Município em sua jornada em busca da aplicação dos direitos humanos.

**Palavras-chave:** Federalismo. Direitos Humanos. Municípios.

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pelo Instituto Toledo de Ensino.

<sup>2</sup> Doutora em Direito pelo Instituto Toledo de Ensino.

## ABSTRACT

It is intended to make an assessment of the way federal republic of State, traveling in a general study on the federalism as well as its contemporary species; as a result the initial aspect, analyze the Brazilian federalism and its fundamental characteristics to remove the autonomy, the approach of the possessions of exclusive competences. Finally, the insertion of the municipality as federated entity having as a note explaining the role of guarantor of human rights. Thus, the examination and careful about the Municipality, analyzing it in its most important aspects, with an approach widely rooted in the city as an element which guarantees of human rights. The analysis will notice the point in line between municipality and human rights, pointing out the importance of this for that, considering the terminology and the essence of human rights and the content explicitly history of endless struggles of citizens against the arbitrary nature of the State and for being willing in statements of impressions. The approach will include, also, and finally, a presentation of public policies that can assist the municipality in its journey in search of the enforcement of human rights.

**Keywords:** Federalism. Human Rights. Municipalities.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado federal possui raízes históricas na independência dos Estados Unidos. Inicialmente, as treze colônias inglesas na América se uniram com o objetivo de compor uma Confederação (união de Estados soberanos). Tal ideia, contudo, não prosperou. O que se pretendia à época era unir as colônias em prol de objetivos comuns, entretanto, o modelo não surtiu os efeitos práticos desejados.

Posteriormente, em 1787, com a realização da Convenção de Filadélfia, naquilo que seria chamado por Giorgio Del Vecchio de suicídio de Estados, doze das treze colônias<sup>3</sup> lançaram mão de suas soberanias com o objetivo de estabelecer o que seria chamado de pacto federativo, criando-se, assim o Estado norte-americano, composto de um poder central soberano e de diversos poderes (antigas colônias) descentralizados dotados de autonomia (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2001).

---

<sup>3</sup> *Rhode Island* ficou de fora.

O Estado Federal norte-americano teve por principal característica a delimitação entre um governo central e governos estaduais autônomos, observando-se a divisão de poderes entre o governo local e o federal e a supremacia do poder nacional em detrimento dos poderes locais.

Nesse viés, o modelo norte americano, datado do final do século XVII, foi o primeiro modelo constitucional institucionalizado, mas sem perder de vista que os pilares estruturais federalistas já emergiam em Montesquieu (2002) e foram tratados doutrinariamente por Madison, Hamilton e Jay (1993).

É recorrente em certa doutrina a discussão sobre a natureza jurídica do Município. Para alguns, portanto, o Município nunca poderia ser considerado um ente federado. Poderia, no máximo, estruturar-se como um desdobramento político-administrativo dos Estados-membros, estes sim genuínos entes federados, já que o próprio conceito de Estado federado pressuporia um poder central e outros poderes descentralizados espalhados pelo território em questão, conceito restrito que não caberia à figura do Município (SILVA, 1998).

Essa discussão em âmbito nacional demonstrou-se pertinente até a promulgação da Constituição de 1988 que concedeu ao Município um tratamento explicitamente de ente federado nos artigos 1º e 18º.

Além do mais, os artigos 29, 30, 31 e 34 do Texto constitucional de 1988 consagraram o Município como entidade federativa indispensável ao sistema constitucional brasileiro estabelecendo uma autonomia municipal caracterizada pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização próprias, autogoverno e autoadministração.

Em outro giro, em que pese toda a discussão doutrinária sobre a existência de um fenômeno municipal inserido na federação, e isto superado, como se depreende da leitura do Texto constitucional, as Constituições brasileiras, desde 1891 já mencionavam o Município como parte integrante do Estado brasileiro.

Pontualmente, da Constituição do Império até a Constituição de 1946, o conceito de Município flutuou ao sabor dos regimes governamentais e, somente em 1946 é que a autonomia municipal deixou de ser meramente nominal para ganhar destaque e importância constitucional.

Com a Constituição de 1967 e sua posterior emenda nº 1 de 1969, a autonomia municipal mais uma vez sofreu um retrocesso, o que restou resolvido com a Constituição de 1988 que novamente realçou a importância do Município dentro da federação, não só prevendo a sua autonomia, mas também, dispondo-o como membro da forma federativa de Estado.

Consoante estudos específicos verificou-se que o próprio conceito de federação acabou por evoluir ao longo de sua história e, o que antes não comportava uma figura municipal, hoje convive perfeitamente com ela, pontuando-se a separação de poderes de âmbito territorial (MIRANDA, 2003) e considerando, principalmente que, “o implemento do processo federativo encontra-se na dependência direta da repartição do poder entre as instituições políticas.” (CAGGIANO, 2003, p. 31-44). É o que Karl Loewenstein denominava de “the key to the intergovernmental power structure”.<sup>4</sup>

Contemporaneamente, é possível apontar diversas formas de federalismo, cada qual com características acentuadas de diferenciação, como se analisará no presente estudo doutrinário.

Assim, todo esse arcabouço histórico jurídico é substrato de pesquisa para a análise do ente federativo municipal como garantidor dos direitos humanos, elemento caro a efetivação da agenda garantista constitucional do indivíduo. A presente inserção tem por objetivo trabalhar o federalismo e o que isso significa no Estado brasileiro atual, tendo como prisma a efetivação dos direitos humanos. Em primeiro plano, apresentar-se-á um conceito geral e a tipificação do federalismo. Em seguida, o tema será introduzido à concepção brasileira para, ao final, trazer à luz a figura do município e o seu papel nessa forma de Estado.

## **2 FEDERALISMO**

Em Aristóteles é possível encontrar um conceito para aquilo que viria a ser chamado de Estado, regido por ideias constitucionais e que teve como justificativa para a sua existência a própria natureza: “Por conseguinte, é evidente que o Estado é uma criação da natureza e que o homem é, por natureza, um animal político” (ARISTÓTELES, 1999, p. 146).

---

<sup>4</sup> Id. *ibid.*, p. 32. Em tradução livre, algo como a chave para a estrutura de um poder intergovernmental.

Assim para o filósofo grego, o Estado, um dos tipos mais elevados da comunidade, a chamada sociedade política ou de cidadãos, era a consequência lógica de um desdobramento natural: primeiro, a vida do homem regia-se dentro da família, objetivando suprir as necessidades diárias de sobrevivência; depois, várias famílias, aspirando a algo mais do que apenas suprir as necessidades cotidianas, reuniam-se, formando a primeira sociedade conhecida, chamada de aldeia, e regida por um governo monárquico (outra espécie de comunidade paralela à comunidade política); por fim, as aldeias somavam-se dando origem às cidades ou Estados, estas sim, comunidades mais elevadas e dotadas do aspecto político (ARISTÓTELES, 1999).

Nota-se que, aqui, Aristóteles já falava em sociedade familiar, o primeiro passo para a comunidade organizada. Está, portanto, fazendo menção a um período bem mais recente, dentro da história antiga, quando o homem já era considerado um ser dotado de liberdade e razão e as atenções já se voltavam para a pessoa humana detentora de certos direitos universais. Antes disso, no período conhecido como axial, datado de VIII a.C. até II a.C., estabeleceram-se as bases para essa evolução, proporcionando o despertar da consciência humana e a configuração, no momento em que, historicamente, o homem ganhou importância e pôde seguir sua trajetória até os dias atuais: “Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as diretrizes fundamentais de vida, que vigoram até hoje” (COMPARATO, 2001, p. 8).

Contudo, o termo Estado pode guardar inúmeras definições, importando aqui, sobretudo, o conceito jurídico. Nesse sentido, Estado pode ser considerado como uma personificação que dá vida a um conjunto simbólico, porque é uma “comunidade criada por uma ordem jurídica nacional [...] é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade” (KELSEN, 2000, p. 262).

Mas o Estado também é pressuposto de “uma realidade social subjacente” que o relaciona a um “fato social concreto” e lhe atribui a característica de comunidade constituída pela ordem e, assim, é possível, também, admitir o Estado como unidade sociológica, uma realidade social “que existe independentemente de sua ordem jurídica” (KELSEN, 2000, p. 262-264).

Por óbvio, a conclusão imediata é a de que o Estado, como legitimação de poder, é uma sociedade politicamente organizada (KELSEN, 2000).

O federalismo, por sua vez, refere-se a uma forma de Estado que tem como característica principal a “*união de coletividades políticas autônomas*”, nos termos do art. 18 do Texto constitucional. Tem por características clássicas a descentralização político-administrativa, a participação das vontades parciais na vontade geral e, por fim, a capacidade de auto-organização dos Estados-membros.

O Estado federal, estruturação de um governo com características do liberalismo clássico, é determinado por um conceito de autonomia que conjuga entes políticos distintos capazes de estabelecer seus próprios comandos normativos possuindo, a *priori*, raízes históricas na independência dos Estados Unidos<sup>5</sup>. Nesse sentido, a ideia de federação como “uma associação, uma união institucional de Estados, que dá lugar a um novo Estado (o Estado Federal), diverso dos que dele participam (Estados-membros)” (CARRAZZA, 2003, p. 112-113).

A descentralização político-administrativa deve ser fixada por uma Constituição e é traduzida pela característica mais marcante do federalismo, a autonomia que, por sua vez, baseia-se em dois elementos: existência de órgãos governamentais próprios e posse de competências exclusivas (SILVA, 2005).

O que auxilia a repartição dessas competências é a predominância do interesse, segundo o qual caberá à União todas as matérias de predominante interesse geral, nacional ou regional, quando ultrapasse mais de um Estado-membro, ao passo que aos Estados-membros caberão as matérias e assuntos de predominante interesse regional e aos Municípios os assuntos de predominantes interesses locais.

Na participação das vontades parciais na vontade geral, no chamado “Estado de Estado” (MIRANDA, 2011). Os Estados-membros participam da vontade nacional através do Senado, instituição fundamental para a manutenção e equilíbrio federativo. O Senado é composto paritariamente e cada Estado-membro terá representação

---

<sup>5</sup> Eliana Franco Neme alerta que o modelo federativo de Estado teve sua origem na antiguidade, mas por terem sido à época meros pactos transitórios, adotou-se a declaração das Treze Colônias norte-americanas como marco inicial (NEME, 2007).

paritária, portanto, com o mesmo número de senadores, independentemente de seu tamanho territorial ou composição humana.

Quanto à capacidade de auto-organização dos Estados-membros, isso ocorre através de Constituições próprias, ou seja, cada um dos Estados-membros tem autonomia administrativa, respeitando, sobretudo, a Constituição Federal.

## 2.1 Tipos de federalismo

O regime federativo acha-se impregnado pelo espírito de cooperação e solidariedade que caracteriza o moderno federalismo.

A evolução do comportamento da Federação brasileira não conduz a diagnóstico necessariamente pessimista, preconizando o seu fim. A evolução demonstra que a Federação experimenta um processo de mudança. A concepção clássica, dualista e centrífuga, acabou sendo substituída pela Federação moderna, fundada na cooperação e na intensidade das relações intergovernamentais. A relação entre federalismo e cooperação já se encontra na etimologia da palavra 'federal', que deriva de *foedus*: pacto, ajuste, convenção, tratado, e essa raiz entra na composição de laços de amizade, *foedus amicitiae*, ou de união matrimonial, *foedus thalami*. Em termos de perspectiva, é razoável presumir que a evolução prosseguirá na linha do desenvolvimento e da consolidação do federalismo cooperativo, para modernizar a estrutura do Estado Federal (HORTA, 1999a, p. 306).

E, ainda que o federalismo tenha raízes históricas na independência dos Estados Unidos, é possível diagnosticar um ideal federativo anterior a essa época, mais precisamente na antiguidade quando os diversos povos se uniam com o propósito de proteção e interesses econômicos (ALMEIDA, 2010).

Como consequência de sua flexibilidade e plasticidade formal, o federalismo projetou-se de maneiras diferentes conforme a época. Assim é que

[...] surgido num contexto histórico completamente distinto, ao tempo do liberalismo clássico, do *État-gendarme*, transpôs o federalismo os mais de duzentos anos que desde então se passaram, mostrando-se, também eficiente em face das concepções do Welfare State, das imposições intervencionistas dos novos tempos (ALMEIDA, 2010, p. 19).

Contemporaneamente, é possível apontar diversas formas de federalismos, cada qual com características acentuadas de diferenciação: a começar, o federalismo institucional é praticado nos Estados Unidos, Suíça e Alemanha. Os Estados Unidos, aliás, observam, também, o federalismo de origem, praticado, ainda, pela Austrália, e

este último país divide com o Brasil e Canadá uma espécie de federalismo denominado geográfico. Por sua vez, Brasil, México e Venezuela praticam, também, o federalismo de imitação. Por fim, observando critérios culturais, pode-se apontar, ainda, o federalismo linguístico da Índia, tribal ou étnico da Nigéria e multinacional da Rússia.

São várias as formas de classificar os diversos federalismos: a) quanto à forma existe o federalismo por agregação, em que a formação ocorre a partir da reunião de vários estados, e o federalismo por segregação, formado em face de uma divisão de Estado preexistente. Por exemplo, o federalismo institucional norte-americano também é um federalismo chamado dual, em que a separação de atribuições ou a autonomia entre os entes federados é bastante delimitada e rígida. Além do mais, o federalismo norte-americano também é conhecido por ter se originado por agregação e, a exemplo de Suíça e Alemanha, os estados-membros envolvidos no processo abriram mão de suas soberanias e agregaram-se formando um novo Estado. No federalismo por desagregação ou segregação a forma tem início em um Estado unitário que ao descentralizar-se, permite a formação dos entes autônomos. Este, o caso do Brasil; b) quanto ao equacionamento das desigualdades, tem-se o federalismo simétrico e o federalismo assimétrico. No federalismo simétrico há uma homogeneidade cultural conformadora do Estado e prima-se pela igualitária divisão de competências e de receitas.

No federalismo assimétrico há diversidade cultural imperante, a exemplo de Canadá e Suíça, mas busca-se um mecanismo para promover a redução das desigualdades regionais (é o federalismo adotado pela Constituição de 1988) (CUNHA JÚNIOR, 2009).

Ainda, o federalismo centrípeto, que proporciona uma maior concentração de poder no governo central (Constituição brasileira de 1967), o federalismo centrífugo no qual há uma maior descentralização com redução dos poderes centrais e ampliação dos poderes regionais (EUA), e o federalismo de equilíbrio que estabelece uma equilibrada e equitativa repartição de poderes entre os governos centrais e regionais (tendência da Constituição brasileira de 1988).

No tocante à repartição de competências, o federalismo pode ser dual (clássico), com repartição de competências privativas entre as unidades federadas, que atuam

como esferas distintas, separadas e independentes e federalismo cooperativo (neoclássico) caracterizado pela colaboração recíproca e atuação paralela ou comum entre os poderes central e regional (no Brasil começou a partir da Constituição de 1934, muito acentuado na atual).

Outros modelos de federalismo existem, tais quais, o de segundo grau, modelo adotado pelo Brasil, em que o Município deverá observar dois graus acima de sua capacidade de auto-organização, a saber, as Constituições Federal e Estadual; o federalismo orgânico, que considera o Estado um organismo complexo em que os entes federados observam as regras ditadas pelo ente central, muito parecido com o federalismo de integração.

### **3 FEDERALISMO BRASILEIRO**

A Federação no Brasil foi instituída por meio do Decreto nº 1 em 15 de novembro de 1889, que também instituiu a República como forma de governo. A consolidação veio com a primeira Constituição Republicana de 1891, que, em seu art. 1º, estabeleceu os “Estados Unidos do Brasil” formado a partir da “união perpétua e indissolúvel das suas antigas províncias”.

As Constituições posteriores reafirmaram a forma federativa de Estado, apesar do entendimento de alguns autores no sentido de que, nas Constituições de 1937 e de 1967, bem como durante a vigência da Emenda n. 1/69, registrou-se no Brasil somente uma Federação apenas no papel.

Já a Constituição de 1937, outorgada pelo Presidente da República ao povo brasileiro, fez subsistir, apenas formalmente, a Federação. Na realidade, porém, não se vislumbravam seus característicos. É que, no período de 1937 a 1945, praticamente nenhuma observância se prestava às normas constitucionais. O grau de afastamento das autoridades ao texto constitucional, em razão dos Estados federados serem governados por interventores nomeados pelo Presidente da República.

A Constituição promulgada em 1946 tratou de restabelecer a Federação, após amplo debate democrático. Todavia, a partir do movimento político-militar de 1964, verificou-se, novamente, acentuada tendência centralizadora.

Seguiram-se as várias edições de Atos Institucionais que reformulavam a estrutura do Estado Federal para torná-lo cada vez mais unificado, culminando com a

edição do AI-5, de 13-12-1968 que, juntamente com outros atos posteriores, passaram a conviver com nova Constituição instituída em 1969, cuidando de concentrar poderes na União, mais especificamente, na figura do Chefe do Executivo.

Com a Emenda Constitucional nº. 11, de 1978, foram revogados todos os Atos Institucionais “no que contrariarem a Constituição Federal” (art. 3º da Emenda). Todavia, restaram resquícios de centralização naquele texto constitucional, o que somente foi corrigido na Constituição de 1988, que fez renascer a Federação.

Assim, o federalismo brasileiro está constituído no art.1º da Constituição Federal e propõe a união indissolúvel de Estados que dá lugar a um Estado Democrático de Direito. Esses Estados-membros possuem poderes próprios dispostos pela Constituição Federal para se auto-organizarem nas esferas administrativa, legislativa e judiciária, sempre balizadas pelos vetores da Carta Magna.

Como já mencionado, a repartição de competências é considerada um dos elementos essenciais do federalismo. Como não há hierarquia entre os entes federados, e para garantir-lhes autonomia, as Constituições procedem a uma repartição de competências. Essa repartição varia conforme o modelo constitucional de federação.

Nesse sentido,

[...] competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades para realizar suas funções (SILVA, 2005, p. 479).

E, ainda:

A repartição de competências é considerada como um dos elementos essenciais ao federalismo e sua caracterização efetiva. Não havendo hierarquia entre os entes federativos, e para garantir-lhes a autonomia, as Constituições procedem a uma repartição de competências. Contudo, é certo que há variações na forma de atribuição de competências quando comparados diversos modelos constitucionais de federação (HORTA, 1999b, p. 305-306).

E a Constituição Federal de 1988 estabeleceu competências comuns administrativas (materiais) e concorrentes legislativas (formais). Para pontuar a divisão de competências entre os entes da federação foram estabelecidas as técnicas de repartição horizontal e vertical.

Na repartição horizontal, “há uma distribuição estanque (fechada) de competência entre os entes, ou seja, cada ente terá suas competências definidas de forma enumerada e específica, não as dividindo com nenhum outro ente. Essa técnica advém do federalismo dual ou clássico” (FERNANDES, 2010, p. 546) com a enumeração de competências atribuídas à União (arts. 21 e 22) e aos Municípios (art. 30), cabendo aos Estados as remanescentes (art. 25, §1º).

Na repartição vertical, tem-se a atribuição de competências de forma conjunta à União, aos Estados-membros, aos Municípios e ao Distrito Federal (art. 23), como também de maneira concorrente entre a União, os Estados-membros e o Distrito Federal (art. 24), e são de dois tipos, a cumulativa, que “é aquela na qual não há limites previamente definidos para a atuação concorrente entre os entes” (FERNANDES, 2010, p. 547), e a não-cumulativa que consiste naquela em que “qual existem limites previamente definidos para atuação concorrente” (FERNANDES, 2010, p. 547).

Em relação aos Municípios, a competência é chamada suplementar: consiste em suplementar<sup>6</sup> a legislação federal e estadual naquilo que couber. Trata-se, na verdade, da possibilidade do Município especificar a legislação federal e estadual sobre a matéria, desde que haja interesse local e compatibilidade com a legislação federal e estadual. Também há a competência municipal exclusiva, que ocorre quando houver interesse local.

Na predominância de interesse<sup>7</sup>, com o objetivo de atender suas necessidades locais, os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer competência legislativa suplementar complementar (quando existente norma geral editada pela União - art. 24,

---

<sup>6</sup> Ainda, pode-se observar a competência administrativa que pode ser exclusiva ou comum. Exclusiva é a competência na qual cada ente federativo tem sua área de atuação própria, excludente da atuação de qualquer outro ente. Comum é competência onde todos os entes detêm, concomitantemente, idêntica competência. A atuação dos entes aqui é concorrente.

<sup>7</sup> Cf. entendimento do Autor: “A nossa Constituição adota esse sistema complexo que busca realizar o equilíbrio federativo, por meio de uma repartição de competências que se fundamenta na técnica da enumeração dos poderes da União (arts. 21 e 22), com poderes remanescentes para os Estados (art 25, § 1ª) e poderes definidos indicativamente para os Municípios (art. 30), mas combina, com essa reserva de campos específicos (nem sempre exclusivos, mas apenas privativos), áreas comuns em que se preveem atuações paralelas da União, Estados, Distrito Federal e Município (art. 23) e setores concorrentes entre União e Estados em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados e até aos Municípios a competência suplementar.” (SILVA, 2005, p. 479).

§ 2º), bem como competência legislativa suplementar supletiva (art. art. 24, § 3º). Essa última será exercida na hipótese de omissão da União em editar a norma geral. Nesse caso, o ente parcial está autorizado a editar, a um só tempo, a norma geral e a suplementar. Daí a denominação doutrinária de competência legislativa plena. Além do mais, há também o princípio da predominância do interesse na delegação de competências previstas no art. 22, parágrafo único, em que, por meio de lei complementar, a União autoriza que os Estados-membros a legislar sobre questões específicas das matérias de sua competência privativa.

O federalismo brasileiro, do ponto de vista jurídico-constitucional é concentrado, porque aos Estados-membros não lhe foi reservado praticamente nenhuma competência material ou legislativa exclusiva. As assembleias legislativas estaduais têm, por isto, uma importância muito reduzida. Por outro, porque no Brasil não ocorre o que sucede nos Estados Unidos e no México, onde todas as emendas constitucionais passam pela peneira dos poderes legislativos estaduais. A única competência que estas assembleias têm neste âmbito é a possibilidade de iniciar um processo de emenda na Constituição Federal, mas, para isto, necessita-se da manifestação de mais da metade destas assembleias, o que, até hoje, nunca ocorreu.

### **3.1 O Município como garantidor de direitos humanos em decorrência da federação**

A Constituição Federal de 1988 modificou a posição dos Municípios na organização do Estado brasileiro para atender, sobretudo, ao apelo histórico do classicismo municipalista. Neste contexto, muito embora antes fossem dotados de autonomia, somente a partir da Constituição de 1988 foram erigidos à posição de entes federativos.

Essa discussão em âmbito nacional demonstrou-se pertinente até a entrada em vigor da Constituição de 1988, que concedeu ao Município um tratamento explicitamente de ente federado nos artigos 1º e 18º.

Pela leitura do art. 1º do Texto constitucional se defende na doutrina dominante, os Municípios foram elevados ao patamar de entidades autônomas, sendo a estes oferecidos um leque de competências exclusivas e a aptidão de, por si só, reger seus

interesses, via governos municipais, respeitado obviamente, o disposto na Constituição Federal.

Aos municípios, então, foi dada autonomia para reger seus interesses administrativos, políticos, financeiros, governamentais e normativos. E a origem da autonomia municipal remonta aos franceses:

Foram os franceses que sabiamente distinguiram duas espécies de funções, direitos ou competências dos municípios, fazendo nascer o celebre e vetusto princípio da autonomia municipal: aquelas funções que os municípios possuem ou exercem em caráter próprio, e se referem a interesses exclusivamente comunitários; e as demais, que lhe são delegadas pelo interesse geral, fixadas por lei, e exercidas, como disse Carré De Malberg, na qualidade de mandatário do Estado.

[...] a paternidade francesa da autonomia municipal, a partir obviamente do conceito de *pouvoir*, teve na doutrina seus créditos restaurados contra uma suposta originalidade dos legisladores austríacos, graças a elucidações contidas numa conferência proferida em Viena, a 8 de fevereiro de 1889, por Georg Jellinek, e pela primeira vez estampada em 1911, no segundo volume de *discursos e obras selecionadas* (Ausgewählten Schriften und Reden).

A lei austríaca sobre comunidades [...] fixava o entendimento de que as comunidades ou municípios eram corporações de direito público, que também possuíam em face do estado um círculo jurídico de ação autônoma (BONAVIDES, 2003, p. 349, grifo nosso).

Nesse sentido, “a autonomia municipal, da mesma forma que a dos Estados-membros, configura-se pela tríplice capacidade de *auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração*” (BONAVIDES, 2003, p. 268, grifo do autor).

E a base constitucional da autonomia municipal foi inserida no artigo 18:

A *autonomia municipal* é assegurada pelos arts. 18 e 29, e garantida contra os Estados no art. 34, VII, c, da Constituição. *Autonomia* significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior. E é a Constituição Federal que se apresenta como poder distribuidor de competências exclusivas entre as três esferas de governo (já vimos isso). As Constituições até agora outorgavam aos Municípios só *governo próprio* e a entidade territorial tenha autonomia constitucional (SILVA, 1998, p. 621, grifo do autor).

A sua importância é tal que contemporaneamente a questão é tratada sob a égide de um chamado fenômeno de municipalização. E, a bem da verdade, esse fenômeno vem tomando espaço e surgindo como uma das questões mais importantes do mundo moderno.

Isso porque, até bem pouco tempo atrás, o Município era tratado somente sob a ótica do Direito Administrativo e, hoje, já contempla um ramo próprio, o chamado Direito Municipal. Tal fenômeno é uma das manifestações do moderno tribalismo que pode assumir duas conotações: uma negativa, ensejadora de um nacionalismo funesto, manifestado por meio de atrocidades étnicas, culturais e religiosas (um grande exemplo atual disso foi a “limpeza étnica” promovida na Iugoslávia); e outra positiva, com maior valoração dos elementos locais, sem, entretanto, possuir o ranço do preconceito.

Como consequência também da globalização, a inserção do Município na agenda internacional é algo que ganha força contemporaneamente. Observando o fenômeno nitidamente após o advento do Direito Comunitário na Europa, é possível afirmar a existência de um novo constitucionalismo, dito global, porque emerge da nova ordem internacional, que tende a subverter conceitos antigos de forma a fortalecer a Inter constitucionalidade<sup>8</sup> e atribuir à dignidade humana o subsídio do constitucionalismo (CANOTILHO, 2006, p. 283).

Contudo, desde a Constituição como plataforma de partida que representa a garantia da legitimidade para cada um dos setores sociais, pode-se começar a competição para imprimir ao Estado uma orientação de um outro sinal, no âmbito das possibilidades oferecidas pelo compromisso constitucional. Os Municípios representam, assim, fórmula de descentralização administrativa do Estado e, quanto mais descentralizado o exercício do poder, maiores as chances de participação política do cidadão e, por consequência, mais elevado é o nível democrático que se pode alcançar (BASTOS; TAVARES, 2000, p. 127).

E os direitos humanos, já observados com os olhos do movimento internacional que pressiona os Estados-nações, deverão fornecer um enquadramento razoável para o chamado “constitucionalismo global”, como forma de validação não só das constituições nacionais perante o direito internacional, mas principalmente com forma de validação das demandas regionais.

Assim, transposto isso para uma configuração com os direitos fundamentais, encontram-se o objetivo final do movimento da municipalização, qual seja, o resgate da

---

<sup>8</sup> A interconstitucionalidade enquanto fenômeno constitucional estuda as relações entre diversas Constituições que compõem um mesmo espaço político.

identidade do homem como ser ativo em uma comunidade local, que passa a ter voz e vez dentro do contexto globalizado do mundo moderno<sup>9</sup>.

E, quanto aos direitos fundamentais, o que seria do Estado de Direito sem eles? Obviamente não existiria, já que se apresentaria como mera faceta estatal corporificada em Estado totalitário. Assim, quando trabalhada em paralelo aos direitos fundamentais, a importância do Município ganha em qualidade, em grande parte porque aqueles necessitam deste para serem concretizados.

Desde os direitos individuais, passando pelos direitos sociais, direitos econômicos e direitos políticos, até os mais recentes direitos difusos, todos podem e devem ser tratados no âmbito local para a sua melhor efetivação. Será exigida, obviamente, a implementação de políticas públicas locais para se obter resultados satisfatórios e é, justamente, nesse ponto, que as características de atuação do ente municipal se sobrepõem à abstração da atuação dos outros entes federados.

As políticas públicas municipais podem e devem implementar uma grande parte de direitos fundamentais que, concretizados pelo Município se aproximam efetivamente dos cidadãos, facilitando assim, não só a sua aplicação, bem como a fiscalização em caso de ineficiência (SAULE JÚNIOR, 2003).

Dentre algumas atribuições constitucionais do Município, cite-se a educacional: pois, além do sistema municipal de ensino, presente atualmente de maneira bastante ampla, existe, ainda, a possibilidade de implementação de formação e capacitação de profissionais (servidores, professores, profissionais de nível superior, categoria de trabalhadores da região e lideranças comunitárias) para levar às escolas a

---

<sup>9</sup> Interessante citar um trecho de uma carta aberta dos movimentos indígenas da América, entregue ao Papa João Paulo II quando da sua última visita ao Peru, que ilustra bem esse fenômeno positivo da tribalização e que coloca todos esses assuntos aqui tratados no mesmo contexto das novas tendências atuais: *“Nós, índios dos Andes e da América, decidimos aproveitar a visita de João Paulo II para devolver-lhe sua Bíblia, porque em cinco séculos não nos deu nem amor, nem paz, nem justiça. Por favor, tome de novo sua Bíblia e devolva-a a nossos opressores, porque eles sim necessitam de seus preceitos morais mais do que nós. Porque desde a chegada de Cristóvão Colombo, impôs-se à América, pela força, uma cultura, uma língua, uma religião e uns valores que são próprios da Europa. A Bíblia chegou a nós como parte da mudança colonial imposta. Ela foi a arma ideológica deste assalto colonialista. Foi a espada espanhola que de noite se convertia em cruz que atacava a alma indígena”* (DINIZ, 1995, p. 150).

compreensão dos direitos fundamentais e a importância do Município nas questões globalizadas.

Ainda, lei federal 8.977/95 que disciplina o uso de TV a cabo, autoriza o Município a criar uma TV comunitária ou pública que poderá ser utilizada para disseminar a prática de observação aos Direitos Humanos entre a comunidade local. Sem contar, a destinação de computadores para o uso da comunidade com o objetivo de integrá-la à velocidade de informação do mundo globalizado.

Em outro giro, é de competência do Município a criação de alguns órgãos específicos como a ouvidoria pública que tem por finalidade promover a defesa dos interesses e direitos do cidadão, estabelecendo um canal de comunicação entre os cidadãos e o Poder Público local. Deverá ter competência para receber reclamações, denúncias, representações de violação dos Direitos Humanos, praticados por membros do Poder Público (tais como: práticas de discriminação na prestação de serviços públicos, atos de abuso de poder, atos de corrupção, ações causadoras danos patrimoniais e morais, etc.).

Nesse mesmo passo, a Constituição estabelece que todos têm o direito de acesso à justiça, sendo o Estado obrigado a prestar assistência jurídica integral e gratuita. Assim, União e estados-membros dispõem da Defensoria Pública para prestar orientação jurídica e defesa em todos os graus para os necessitados. O Município, por sua vez, poderá também prestar esse serviço por meio de um órgão específico, a serem criados mediante lei municipal, vinculado à Administração Pública Municipal ou mediante convênios com organizações não governamentais constituídas para esse fim.

Ainda, observará serviço de defesa do consumidor: por ser o cidadão usuário dos serviços públicos considerados um consumidor, deverá ele ser protegido pelo Estado nessas “relações de consumo”. O Código de Defesa do Consumidor assegura a possibilidade do Município em criar e manter órgãos de atendimento gratuito para a orientação desses consumidores. Para isso, pode-se constituir um PROCON Municipal ou celebrar convênios com instituições estaduais para a propositura de ações individuais, coletivas ou ações civis públicas.

Por fim, o mais importante: a criação do Conselho de Proteção dos Direitos Humanos pelo Município. O Município deve criar um órgão específico para garantir o

monitoramento do impacto das políticas públicas adotadas na proteção e efetivação dos Direitos Humanos para investigar eventuais violações a tais direitos. Esse órgão deverá ser composto por representantes da comunidade local e dos órgãos governamentais.

Além da criação desse conselho, o papel do Legislativo local também deverá ser revisto, atribuindo-se parcela de sua atuação voltada para a proteção dos Direitos Humanos locais. Assim, o Legislativo, inicialmente, deverá promover uma revisão geral da legislação municipal a fim de revogar normas discriminatórias ainda existentes e eliminar normas criadoras de barreiras ou impedimentos para o pleno exercício dos Direitos Fundamentais previstos constitucionalmente, além de criar uma Comissão Permanente de Direitos Humanos na casa legislativa para receber, avaliar e investigar denúncias relativas à ameaça ou violação de direitos, bem como fiscalizar a atuação dos demais órgãos.

#### **4 CONCLUSÕES**

1. Antes da formação dos Estados modernos, Aristóteles já referenciava a sociedade política como uma das formas mais elevadas da comunidade, consequência lógica de um desdobramento natural do homem;

2. Juridicamente o Estado moderno, como é conhecido hoje, é uma personificação da comunidade que dá vida a um conjunto simbólico criado por uma ordem jurídica natural;

3. Entrementes, o Estado também é um fato social concreto, uma unidade social da comunidade constituída pela ordem, independentemente do critério jurídico;

4. Em conclusão, o Estado é uma forma de legitimação de poder de uma sociedade politicamente organizada;

5. O federalismo é uma forma de Estado que apresenta as características de descentralização político-administrativa, participação das vontades parciais na vontade geral e capacidade de auto-organização dos Estados-membros, além de ser estruturado sobre uma autonomia baseada em dois elementos: existência de órgãos governamentais próprios e posse de competências exclusivas, visando, evidentemente, a efetivação dos direitos humanos;

6. A descentralização político-administrativa fixada por uma Constituição é traduzida pela existência de autonomia;

7. O federalismo tem raízes históricas na independência norte-americana, mas por força de sua flexibilidade e plasticidade formal, projetou-se em diferentes maneiras, conforme a época, inclusive identificando-se um ideal federativo antes mesmo de seu marco histórico e hoje se apresenta sob diversas formas;

8. Essencial ao federalismo brasileiro é a repartição de competências que garante a autonomia dos entes federados em um ambiente sem hierarquização administrativa;

9. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu competências comuns administrativas (materiais) e concorrentes legislativas (formais) e para pontuar a divisão de competências entre os entes da federação, foram estabelecidas as técnicas de repartição horizontal e vertical;

10. O federalismo brasileiro, do ponto de vista jurídico-constitucional é concentrado, porque aos Estados-membros não lhe foi reservado praticamente qualquer competência material ou legislativa exclusiva;

11. Para muitos doutrinadores o Município é uma figura estranha a um Estado federal. No entanto, a Constituição Federal de 1988 modificou a posição dos Municípios na organização do Estado brasileiro para atender, sobretudo, ao apelo histórico do classicismo municipalista. Neste contexto, muito embora antes fossem dotados de autonomia, somente a partir da Constituição de 1988 foram erigidos à posição de entes federativos;

12. Conforme se evidencia na leitura da Constituição e se defende na doutrina dominante, os Municípios foram elevados ao patamar de entidades autônomas, sendo a estes oferecidos um leque de competências exclusivas e a aptidão de, por si só, reger seus interesses, via governos municipais, respeitado obviamente, o disposto na Constituição Federal;

13. A autonomia municipal, da mesma forma que a dos Estados-membros, configura-se pela tríplice capacidade de auto-organização e normatização própria, autogoverno e autoadministração;

14. O Município hoje está adequado aos propósitos da globalização, porque é agente modificador do mundo e gerador da inserção regional em âmbito mundial, enfatiza o municipalismo como forma de inclusão;

15. Os Municípios representam uma forma adequada de descentralização administrativa porque oportuniza uma maior participação política do indivíduo;

16. O exercício contemporâneo da democracia necessita do desenvolvimento e fortalecimento das autonomias administrativas do Estado federal e os municípios representam uma maior participação das partes no todo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do Direito Público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAGGIANO, Mônica Herman S. Federalismo incompleto. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 31-44, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINIZ, Arthur José Almeida. **Novos paradigmas em Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Legislativo**, Brasília, jan./mar. 1999 a.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999b.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas (1787-1788)**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. São Paulo: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Luis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NEME, Eliana Franco. O federalismo como sistema de proteção dos direitos fundamentais. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 55, p. 95-118, dez. 2007.

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Políticas públicas locais, municípios e direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/politicapublica/nelsonsaule.htm>>. Acesso em: 2 maio 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005a.

\_\_\_\_\_. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005b.

## Capítulo 2

### **A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS E INTERESSES JURIDICAMENTE RELEVANTES FRENTE À TUTELA DA PESSOA HUMANA: responsabilidade civil por dano existencial**

THE EXTENSION OF JURIDICALLY RELEVANT RIGHTS AND INTERESTS TO THE PROTECTION OF HUMAN PERSONS: civil liability for existential damages

*Maiara Santana Zerbini*<sup>1</sup>

*Vívian Martins Sgarb*<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Analisa-se o dano existencial como a ofensa à dignidade humana e aos direitos da personalidade, o qual altera, de maneira negativa, o cotidiano do indivíduo. Sua importância é justificada por ser este uma nova espécie de dano, tendo como gênero os danos extrapatrimoniais. Utilizando-se das bases lógicas de investigação científica, pautando-se no método dedutivo, busca-se identificar a imensa gama de possibilidades dos novos direitos, conseqüentemente, novos danos, diante dos avanços científicos, tecnológicos e biotecnológicos, pelas quais os sujeitos podem se afirmar como seres dignos. Além disso, demonstra a mudança de perspectiva do instituto da responsabilidade civil frente à tutela da pessoa, com o intuito de promover um ressarcimento mais justo e coerente. O dever de reparar tendo por eixo hermenêutico a releitura constitucional do direito privado, implica na ampliação do número de vítimas tuteladas, na flexibilização dos meios de prova, na diluição da antijuridicidade, na relativização do nexo causal, no surgimento de novos danos e na promoção de mais precaução e prevenção, a fim de melhor resguardar a vítima.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil. Dignidade da pessoa humana. Dano existencial.

---

<sup>1</sup> Mestranda do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL. Bolsista CAPES.

<sup>2</sup> Mestranda do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL.

## ABSTRACT

Existential damage is analyzed as an offense against human dignity and the rights of the personality, which changes, in a negative way, the daily life of the individual. Its importance is justified because this is a new kind of damage, having as its offspring the off-balance-sheet damage. Based on the logical bases of scientific research, based on the deductive method, it seeks to identify the immense range of possibilities of the new rights, consequently, new damages, in the face of scientific, technological and biotechnological advances, through which subjects can affirm as worthy beings. In addition, it demonstrates the change of perspective of the institute of civil responsibility before the guardianship of the person, with the intention to promote a fairer and more coherent reimbursement. The duty to make reparation having as a hermeneutic axis the constitutional re-reading of private law implies an increase in the number of victims protected, the flexibilization of evidence, the dilution of anti-perjury, the relativization of the causal link, the appearance of new damages and the promotion of more precaution and prevention, in order to better protect the victim.

**Keywords:** Civil responsibility. Dignity of human person. Existential damage.

## 1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da expansão dos novos danos tem despertado uma gama de discussões doutrinárias e de jurisprudências, inclusive sobre a responsabilidade civil, instituto encarregado de reestabelecer o equilíbrio relacional entre os indivíduos de uma determinada sociedade. A necessidade do Direito apresentar respostas satisfatórias frente às alterações contemporâneas justifica a relevância do presente estudo.

Para o desenvolvimento salutar deste, analisar-se-á as mudanças de perspectiva da Responsabilidade Civil frente à tutela da pessoa humana, a qual se volta para o resguardo da vítima que suporta os prejuízos advindos da ofensa a um direito ou interesse juridicamente relevante, distanciando-se da concepção clássica, qual seja, a análise da conduta culposa ou não do agente.

Com efeito, será possível observar que a responsabilidade civil, na contemporaneidade, carrega em sua essência a primordialidade de resguardar o ressarcimento dos danos, com base na solidariedade e na dignidade da pessoa humana.

Ademais, tem-se na dignidade da pessoa humana fator preponderante para a extensão dos novos danos, uma vez que, sua previsão normativa como lídimo princípio e fator interpretativo ecoou por todo o ordenamento jurídico, dando margem às questões existenciais da pessoa.

Assim, apresentado pela Corte Italiana, elege-se o dano existencial como objeto de estudo, por ser esta uma nova espécie entre os danos. É entendido como ofensa a qualquer direito da personalidade, independentemente de prejuízo econômico para a vítima, mas que altera negativamente o cotidiano do indivíduo.

## 2 MATERIAIS E MÉTODOS

O cenário contemporâneo somado às previsões normativas de conteúdo amplo e geral tem suscitado diversas discussões, não sendo diferente nos temas que tratam das relações jurídicas de cunho existencial.

Para a análise da perspectiva contemporânea da responsabilidade civil, utiliza-se a obra “Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil” de Anderson Schreiber, a qual denota a erosão dos filtros tradicionais para sua imputação, revelando a real essência da responsabilidade, qual seja a garantia de ressarcimento pautada na dignidade humana.

Em relação à abordagem da expansão dos novos danos tem-se a dignidade da pessoa humana como fator elementar, sendo necessário analisar a sua formação conceitual, bem como sua extensão enquanto princípio e vetor jurídico interpretativo. Para tanto, o estudo aborda ensinamentos de autores como Maria Celina Bodin de Moraes, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento.

Por fim, fazendo o recorte de um novo dano em específico, elege-se o dano existencial, apresentado pela Corte Italiana na sentença 184/86. Na abordagem conceitual, destaca-se a análise de duas obras: “Responsabilidade Civil por Dano Existencial”, de Flaviana Rampazzo Soares e “*Daños a las personas (integridade psicofísica)*” de Matilde Gonzalez de Zavala.

Dessa forma, segundo as bases lógicas de investigação, a pesquisa a ser desenvolvida pauta-se no método dedutivo, consistindo na análise bibliográfica e

documental, com base, principalmente, em livros, teses, artigos, legislação, jurisprudências, sites e notícias.

### **3 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

#### **3.1 A mudança de perspectiva da responsabilidade civil: um olhar voltado à ofensa de direitos**

A consciência de responsabilização sempre esteve presente nas relações humanas, ainda que em alguns momentos da história sua imputação evidenciava um caráter mais matemático, trabalhado pela constatação do elemento culpa e pela diferença do patrimônio da vítima. Atualmente, fator de muitas discussões, o instituto da Responsabilidade Civil demonstra-se como objeto de análise complexa, uma vez que são inúmeras as variáveis a se considerar.

Sua importância revela-se por ser a estrutura jurídica que promove o reequilíbrio das relações sociais, as quais inferem no mundo do Direito, buscando tutelar o exercício humano e, simultaneamente, comedindo aqueles que se opõe a norma (CAVALIERI FILHO, 2005). Por essa razão, a Responsabilidade interliga-se com o agir externo do sujeito, no qual o mesmo expressa sua liberdade.

No período marcado pelos movimentos que colocaram frente ao desenvolvimento do Estado liberal (em destaque o Iluminismo e a Revolução Francesa), o qual em resposta ao absolutismo buscava a concretização da autonomia e liberdade de ação do sujeito, associada ao individualismo (AMARAL, 2014), era possível identificar a Responsabilidade Civil por meio da conduta moral do causador do dano, ou seja, o dever de indenizar decorria de se identificar a culpa do agente.

A ideologia liberal e individualista, então dominante, impunha a construção de um sistema de responsabilidade que se fundasse no mau uso da liberdade individual, justificando, desta forma, a concessão de um amplo espaço à atuação dos particulares. Responsabilidade e liberdade passam, assim, a serem noções intimamente vinculadas, uma servindo de fundamento à outra (SCHREIBER, 2013, p. 12).

A culpa, elemento que atualmente encontra-se previsto no artigo 186 do Código Civil brasileiro de 2002<sup>3</sup> (artigo 159 do Código Civil de 1916), é inquestionavelmente elemento nuclear da responsabilidade civil formulada pelos juristas da modernidade (SCHREIBER, 2013), acarretando a vítima o ônus probatório (CARVALIERI FILHO, 2005).

Outro fator em destaque nesse período é a dicotomia estabelecida entre público e privado, uma vez que, os indivíduos autônomos conquistaram para si a liberdade de determinar os termos de suas relações, celebrando contratos e utilizando a sua propriedade como lhes agradassem, estando o Estado limitado a intervir, com a exceção de violência ou fraude. Tal modelo distanciava o poder estatal na esfera privada, relegando ao esquecimento os problemas sociais (SARMENTO, 2016).

Assim, por respeito da lei à vontade, no exemplo clássico das relações privadas, o conteúdo do instrumento contratual deveria ser cumprido, centralizando a vontade no cenário jurídico, tendo o respaldo da lei, que dê garantia às contratações privadas, total validade, obrigando os seus contratantes de maneira irrestrita (*pacta sunt servanda*), independentemente da realidade das partes, ou dos indivíduos contratantes. Primordial era o ajuste, a vontade ali manifestada (HIRONAKA, 2004).

Nesse contexto, sinaliza-se um dos princípios base das relações privadas tradicionais, a autonomia da vontade. Mencionado princípio vincula-se a manifestação da vontade dos indivíduos sem que haja uma limitação a ser observada. Esse poder de estipular livremente estabelece um acordo de vontade, disciplinando interesses como melhor convierem as partes (DINIZ, 2011). Era possível identificar um Estado menos intervencionista, tornando essas relações estritamente privadas, sem qualquer conotação ou finalidade social.

Ademais, ainda que no desígnio do discurso deliberasse sobre a liberdade individual, em verdade, a liberdade tutelada pelo ordenamento jurídico era, tão somente, a econômica, e não as existenciais. Aos burgueses importava apenas a “liberdade dos modernos”, de desfrute individual dos direitos, e não a “liberdade dos

---

<sup>3</sup> Código Civil Brasileiro. Lei 10.406/2002. Artigo 186. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

antigos”<sup>4</sup>, que consistia na soberania popular, participação direta e o espírito de coletividade (SARMENTO, 2016).

Ocorre que, a liberdade em demasia demonstrou um resultado diverso daquele que se pretendia inicialmente, apregoando uma desigualdade material e insegurança jurídica entre os sujeitos e os grupos sociais. Na esfera contratual, o individualismo exacerbado estimulou o desequilíbrio, fazendo findar seu próprio valor. Era necessário descobrir a quem a vontade servia, devendo ser a justiça e a utilidade social<sup>5</sup> (LOUREIRO, 2002)

Uma situação social histórica que demonstra tais colocações, como o exercício desatinado no direito de ação posto pela autonomia da vontade, bem como os reflexos ocasionados pela sistemática da Responsabilidade Civil pela culpa, são as relações de trabalho.

O desenvolvimento do capitalismo industrial, bem como dos maquinários (desenvolvimento tecnológico) desencadeou uma proliferação de acidentes, onde muitas vezes o sujeito, em sua condição de vulnerabilidade não encontrava meios de demonstrar o elemento culpa, ainda que o dano fosse evidente. Isso acabou por suscitar uma intolerância social e a rejeição do próprio poder judiciário, não permitindo que os acidentes trazidos pela Revolução Industrial, totalmente despersonalizados, ficassem imunes da responsabilização (SCHREIBER, 2013).

Em decorrência disso, surge a Teoria do Risco proveniente das atividades que por seu próprio desempenho acarretam riscos eminentes. O dever de reparação é imposto quando da constatação do dano, independentemente de culpa. Tal teoria serviu de substrato para a Responsabilidade Civil objetiva, a qual, para além da culpa,

---

<sup>4</sup> As reflexões do autor Benjamin Constant apresentam uma divisão teórica, marcada pela liberdade dos antigos, de cunho mais representativo, ou seja, o exercício da liberdade em um contexto político e coletivo e, a liberdade dos modernos, de caráter individual, concretizando uma garantia fundamental para o exercício da própria pessoa (CONSTANT, 1980, p. 10).

<sup>5</sup> Em resposta a isso, a liberdade de ação do sujeito fora moderada para as garantias fundamentais, onde esbarrava no direito alheio. Nessa nova perspectiva, o direito de ação trata-se do poder limitado que o ordenamento jurídico reconhece aos particulares, permitindo a autorregulação desses interesses, estabelecendo determinados efeitos às convenções, caracterizando-se em fonte de onde emanam determinados direitos e deveres, denominada como autonomia privada (MARTINS-COSTA, 2001, p. 615).

da atividade de risco ou de qualquer outro fator subjetivo, visa à reparação dos danos suportados pela vítima (CARVALIERI FILHO, 2005).

Para os casos de responsabilidade objetiva, a possibilidade de deslocamento do ônus do dano pelo lesado a outrem, que por previsão legal deverá suportá-lo, restabelece a harmonia moral, social e jurídica, assegurando sua dignidade (DINIZ, 2009).

Nessa perspectiva já se vislumbrava a real essência da responsabilidade na contemporaneidade, uma responsabilidade inspirada pela necessidade de se garantir a reparação dos danos que, de acordo com a solidariedade social e a dignidade humana, não devem ser exclusivamente suportados pela vítima (SCHREIBER, 2013).

A responsabilidade civil molda-se na medida em que os anseios da sociedade se alteram, como visto, sua imputação, inicialmente, perseguia a conduta moral do agente, modifica seu olhar para a vítima, no intuito de uma reparação ou compensação mais justa e coerente. Além dos fatos sociais, observa-se também que os reflexos ocasionados pela previsão normativa do princípio da dignidade humana, bem como da solidariedade, influenciaram essas transformações, desprendendo tal instituto de suas bases individualistas e subjetivas.

### **3.2 A dignidade da pessoa humana como percursora da ampliação dos direitos e interesses juridicamente relevantes**

A modificação de perspectiva da responsabilidade civil em favor da reparação dos danos por lesão a um direito ou interesse juridicamente relevante encontra na dignidade humana o seu maior escopo. Sua previsão normativa como vetor supremo de toda e qualquer análise jurídica, apresentou reflexos em todas as esferas do Direito, inclusive, nas que deliberam sobre direito privado, alterando o caráter essencialmente patrimonialista, dando espaço para as questões existenciais da pessoa.

O movimento externo decorrido do pós-segunda Guerra Mundial fez nascer a preocupação de se designar uma tutela jurídica à pessoa. Com isso, intimamente ligada ao Ser, a dignidade compõe a busca de uma sociedade harmônica, a qual coloca o homem como fim e não como meio, resguardando os interesses materiais e morais inerentes ao seu desenvolvimento e convívio social (SARMENTO, 2016).

A garantia por meio deste princípio deve ocorrer pelo direito de uma dimensão inerente a toda pessoa humana, o que antecede o princípio simultaneamente lógico e ético, o próprio ordenamento jurídico, fazendo referência à tutela da pessoa concretamente considerada, não devendo esta ser sintetizada como indivíduo atomizado e abstrato, mas em uma dimensão de intersubjetividade (FACHIN; PIANOVSKI, 2008).

Entretanto, a intersubjetividade da dignidade da pessoa, a qual emana da particularidade de cada ser, faz com que esse valor e princípio possam ser invocados em uma multiplicidade de situações, ampliado a sua aplicação de maneira impropria e banalizada, por conseguinte, ocasionando uma insegurança em todo o ordenamento jurídico, já que sua aplicação pode ser “flexibilizada” de acordo com os interesses esparsos ao do Estado Democrático de Direito.

As dificuldades de sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica, assiduamente funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não contingentemente, na operabilidade do direito, ela tem sido invocada pelos dois lados da lide, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homo afetivas, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, descriminalização de drogas, pena de morte, prisão perpétua, exigibilidade de direitos sociais, dentre muitos outros (BARROSO, 2012).

Evidencia-se que os temas indicados estão intimamente ligados ao dano, bem como este se coaduna com a dignidade da pessoa humana, pois identificada a lesão desta e se concretiza o primeiro. A dificuldade está na identificação da lesão quando estabelecida em uma dimensão tão subjetiva, a qual não parece ser possível delimitar, o que por sua vez, não significa que não se possa ou deva buscar uma definição, que não obstante, alcançará pleno sentido e operabilidade em face do caso concreto (SARLET, 2008).

As indagações do que vem a ser dignidade humana não são poucas e a busca de lhe atribuir uma delimitação também. Quanto a sua existência não há grandes dúvidas, ainda que alguns autores a indiquem como um conceito vago e retórico, que certamente não deve prosperar.

A dignidade deve ser vista como uma conquista da razão ético-jurídica, proveniente da reação à história de atrocidades que, lamentavelmente, escara a experiência humana. Extrai-se que a dignidade nasce com o indivíduo, porquanto, este não é isolado, convivendo no meio social, o que lhe permite uma ampliação dessa dignidade, eclodindo sua integridade física e psíquica, ou seja, em um dado momento sua liberdade, ações e comportamento devem ser respeitados. Essa garantia sofrerá limitações caso ultrapasse outra. Inescusável inserir ao conceito de dignidade humana uma qualidade social como limite a sua aplicação (NUNES, 2002).

Para o autor José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana impõe uma densificação valorativa graças ao seu amplo sentido normativo, não devendo ser limitada à tutela dos direitos pessoais tradicionais, relegando-se nos casos de direitos sociais, ou convocando-a para edificar a teoria do núcleo da personalidade individual, esquecendo-se da garantia das bases da existência humana (SILVA, 1999).

Como se pode notar, conceituar dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, sendo que, mais simples é delimita-lo, ou seja, determinar aquilo que não é dignidade do que aquilo que é. Assim, tudo aquilo que limita o homem, sujeito de direitos, como coisa, será desumano. Em outras palavras, tudo o que delimita a pessoa como objeto, será contrário à sua dignidade (MORAES, 2003).

O reconhecimento e a tutela jurídica da dignidade da pessoa é corolário de todo desenvolvimento racional do que vem a ser o homem, seu entendimento como pessoa e dos valores que lhe são inerentes, influenciando ou mesmo delimitando a forma como o Direito consagra esta dignidade. A dignidade deve ser vista como qualidade intrínseca, irrenunciável e inalienável da pessoa, a qual concebe elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não se pode ser retirado, devendo ser reconhecida, respeitada e tutelada (SARLET, 2008).

Dando sequência é pertinente indicar os Direitos Fundamentais, os quais são conceituados como categoria jurídica, instaurados com o objetivo de resguardar a dignidade da pessoa humana em todas as dimensões, apresentando natureza heterogênea, com a finalidade de tutelar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua

preservação (direitos relacionados à fraternidade e solidariedade) (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2005).

A garantia de sua finalidade, isto é, a proteção aos direitos à liberdade, à propriedade, à dignidade e à igualdade de todos os indivíduos, assegura a edificação de um Estado Democrático de Direito, sendo substancial à concretização de um Estado justo, fraterno e plural.

Analisa-se que os Direitos Fundamentais estabelecem dupla defesa aos indivíduos, pois constituem um plano jurídico objetivo, com normas de competência para os poderes públicos, censurando fundamentalmente a intervenção destes na esfera individual, acarretando, em um plano subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e de reivindicar omissões dos poderes públicos, de maneira a obstar agressões por parte dos mesmos (CANOTILHO, 1999).

Nessa conjuntura, o princípio da dignidade da pessoa humana, em razão do alto grau de indeterminação e cunho polissêmico, vincula-se aos direitos fundamentais, ainda que nem todos esses direitos estejam diretamente ligados com algum esforço argumentativo, o teor do texto constitucional pode, de forma indireta, ser conduzido à dignidade da pessoa humana (SARLET, 2008).

Ainda sobre o objetivo traçado ao presente estudo, é preciso caminhar sob a esfera dos Direitos da Personalidade. Trata-se dos direitos próprios da pessoa em si, direitos originários, que emergem por sua natureza com o nascimento do ser humano, projetando-se para o mundo exterior, à pessoa em sua figuração moral e social, ou seja, em seu convívio em sociedade (BITTAR, 1999).

A personalidade contextualiza-se em um complexo de peculiaridades interiores com os quais o sujeito pode se manifestar ante a coletividade e o meio que o cerca, difundindo seus atributos materiais e morais. Na acepção jurídica, a personalidade é um bem a ser tutelado, subdividindo-se em classes imateriais de bens, como por exemplo, a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, a privacidade, dentre outros. Ao redor destes, orbitam todos os bens materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser (SOUZA, 2002).

Nota-se, uma conexão da dignidade com os direitos de personalidade em geral, identificando na primeira um autêntico imperativo axiológico de toda norma jurídica, a

todos os indivíduos, entremeada aos direitos subjetivos destinados à tutela do segundo, isto é, o reconhecimento e proteção da identidade pessoal, autonomia e integridade psíquica e intelectual, dentre outras dimensões umbilicalmente ligadas à dignidade, tal como a imprescindibilidade de resguardar esses direitos por parte do Estado (MOTA PINTO, 2000 apud SARLET, 2008).

Nesse cenário, a consagração da dignidade humana como valor fundamental interliga-se a extensão dos novos direitos e interesses à medida que exige a ressarcibilidade do dano extrapatrimonial. Nas palavras de Schreiber (2013, p. 90-91), “um novo Universo de interesses merecedores de tutela veio a dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente”.

Dessa maneira, é possível identificar que a dignidade da pessoa humana nasce com o próprio indivíduo e a ele pertence. No campo de Direito, ele é previsto como princípio e valor basilar da concretização de um Estado Democrático de Direito e merece por ele ser tutelado. Ainda no contexto histórico, o qual valorizou a dignidade humana para que o sujeito pudesse ser respeitado e protegido nos moldes de uma vida digna, emanam-se outros direitos, como os direitos fundamentais e personalíssimos. Assim sendo se pode concluir que estabelecem uma conexão direta com a dignidade, isto é, identificada a lesão a um direito ou interesse juridicamente relevante correlato a eles, há o dever de indenizar.

### **3.3 Responsabilidade civil por dano existencial**

A fim de se dar guarida aos interesses existenciais da vítima, os tribunais pátrios, com enorme frequência, têm flexibilizado a culpa e o nexos causal, elevando o dano à categoria de destaque, constatando-se o antagonismo entre as velhas estruturas e as novas funções (SCHREIBER, 2015).

Do quadro posto, com base no princípio da proteção da pessoa humana, nota-se significativa expansão dos danos passíveis de reparação e “a perda da função moralizadora, outrora tida como um dos aspectos nucleares do instituto”, sucedida pelo princípio constitucional da solidariedade (MORAES, 2007, p. 440-441).

O dano existencial é entendido como a ofensa a qualquer direito da personalidade, independentemente de prejuízo econômico para a vítima, mas que

alterou negativamente o cotidiano do indivíduo. Para Soares (2009, p. 44) trata-se da “lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social”, acarretando prejuízo à qualidade de vida.

O referido dano, segundo Zavala de Gonzalez (1996), pode ser dividido em dano à vida de relação, o qual dificulta ou impossibilita a vida social do indivíduo, e em dano ao projeto de vida, que atinge o planejamento de vida do lesado nos mais diferentes graus. Sanseverino (2010), por sua vez, divide-o em prejuízo de lazer (*préjudice d’agrément*), prejuízo sexual (*damnum sexuelle* ou *pretium sexuelle*) e prejuízo juvenil (*préjudice juvénile* ou *pretium juventutis*).

Destaca-se a sentença 184/86, proferida pela Corte Italiana, que originou o referido dano. Na mesma senda, essa Corte igualou os interesses juridicamente relevantes aos direitos subjetivos, ao proferir a Sentença 500/99, determinando o ressarcimento da parte autora também por dano existencial.

No caso *Affaire Perruche*, a corte francesa, no Acórdão nº 457, julgado em 17 de novembro de 2000, reconheceu o direito de ressarcimento por dano moral a um adolescente de 17 (dezessete) anos, em decorrência do seu próprio nascimento.

A mãe do autor, no exercício do Princípio da Autonomia, assinou diversos termos manifestando a sua vontade de abortamento do feto na hipótese dela, gestante, adquirir rubéola, cuja consequência seria a deficiência congênita severa da criança, com fundamento na Lei de 17 de janeiro de 1975, a qual permite o aborto terapêutico. A despeito do seu consentimento livre, esclarecido e informado, houve falha da prestação de serviço médico, posto que sequer foi diagnosticada a rubéola da gestante.

A equipe médica se descuidou na ocasião do pré-natal, pois não vislumbrou as deficiências do feto consistentes em cegueira, surdez, problemas cardíacos e transtornos mentais, todas advindas da doença da mãe, razão pela qual esta perdeu a chance de abortar a criança, que, por sua vez, perdeu o “direito de não nascer”, vendo-se obrigado a suportar tão penosa existência.

Mesmo diante de lacuna legislativa que amparasse Nicolas Perruche pelo “direito de não nascer” a Corte de Cassação Francesa reconheceu o seu direito à indenização

por danos morais por entender que o Autor detinha um interesse legítimo, posto que houve ofensa à sua dignidade.

Dois anos mais tarde, a França publicou a Lei 2002-303, conhecida como “Lei anti-Perruche”, a qual veda a indenização por simples nascimento indesejado (SCHREIBER, 2015).

Dentre os novos danos, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 866.636/SP, em 6 de dezembro de 2007, condenou uma fornecedora de anticoncepcionais a indenização por danos morais, pois por falha na prestação de serviços, possibilitou a circulação no mercado de pílulas sem o princípio ativo, resultando em danos ao projeto de vida de muitas consumidoras, que engravidaram sem planejamento, dano existencial ao projeto de vida, que também ficou conhecido como *wrongful conception or pregnancy*.

Na esfera da bioética, também ganham relevo os danos biológicos, surgidos na jurisprudência italiana em 30 de maio de 1974, que são definidos como os prejuízos temporários ou permanentes à saúde do indivíduo, independentemente da redução de sua capacidade laborativa.

É mister observar que a ampliação dos danos não deve dar guarida à sua banalização, razão pela qual Schreiber (2015, p. 186) propõe o seguinte método de ponderação: “I – Exame abstrato do merecimento de tutela do interesse lesado; II – Exame abstrato do merecimento de tutela do interesse lesivo; III – Existência de regra legal de prevalência ou IV – Inexistência de regra legal de prevalência”.

No Brasil, a responsabilidade civil dos profissionais de saúde é, em regra, subjetiva, consoante respalda o artigo 14, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, o dever de indenizar das fornecedoras de serviços de saúde e relacionados à biotecnologia é objetiva, com base no artigo 933, do Código Civil.

As Constituições hodiernas, pautadas nos direitos humanos, dentre os quais o princípio da solidariedade, acarretaram novos paradigmas para a responsabilidade civil, cuja hermenêutica atual ampliou o número de vítimas tuteladas, flexibilizou os meios de prova, diluiu a antijuridicidade, relativizou o nexa causal e visa a promoção de mais precaução e prevenção.

## 4 CONCLUSÃO

Os braços dos direitos humanos alcançaram as constituições hodiernas, tendo como pilar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o qual deve ser concebido como o Sol ao redor do qual tramita todo o ordenamento jurídico pátrio. A concretização do referido princípio perpassa o princípio da solidariedade, cuja aplicação alterou os paradigmas da responsabilidade civil, antes centralizada na culpa.

Nesse contexto, o dano assumiu o papel de elemento protagonista, de pressuposto mais importante no cenário deste instituto. É importante evitar o dano e, quando não for possível, repará-lo ou o ressarcir com a máxima eficiência.

Destacou-se, no presente artigo científico, o dano existencial, conceituado como lesão a qualquer direito da personalidade capaz de ocasionar modificação ao cotidiano da vítima sem que necessariamente haja prejuízo econômico, podendo se subdividir em dano ao projeto de vida e em dano de relação. Tal alteração das atividades diárias do lesado pode ser ínfima ou até privá-lo do sentido da vida.

Há que pensar o dever de reparar tendo por eixo hermenêutico que a releitura constitucional do direito privado implica na ampliação do número de vítimas tuteladas, na flexibilização dos meios de prova, na diluição da antijuridicidade, na relativização do nexo causal, no surgimento de novos danos e na promoção de mais precaução e prevenção, a fim de melhor se resguardar a vítima.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 12 out. 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Editora Almeida, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva 2011.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada a dos modernos**. Tradução de Loura Silveira, traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada De la Liberté cliez les Modernes. Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980. Disponível em: <[http://www.fafich.ufmg.br/luarnaut/Constant\\_liberdade.pdf](http://www.fafich.ufmg.br/luarnaut/Constant_liberdade.pdf)>. Acesso em: 6 de jan. 2017.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 35, jul./set. 2008.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Novo código civil: interfaces no ordenamento jurídico brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no novo código civil**. São Paulo: Método, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v.19, Março de 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOTA PINTO, Paulo. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Portugal: Brasil Ano, 2000.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. São Paulo: Fórum, 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Flaviana **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Responsabilidade civil por danos à personalidade**. São Paulo: Manole, 2002.

ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde. **Resarcimiento de daños**: daños a las personas. 2. ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1996. 462 p. (Integridade sicofísica, 2a).

### Capítulo 3

#### **A QUESTÃO DA SEXUALIDADE NO DIREITO HUMANITÁRIO: como repensar o Estatuto de Roma?**

THE QUESTION OF SEXUALITY IN HUMANITARIAN LAW: how to rethink the Rome Statute?

*Gabriel C. L. Martire*<sup>1</sup>  
*Gabriel Rached*<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

O objetivo deste estudo consiste em levantar reflexões acerca do Direito Humanitário. Para tanto, foram observados os conceitos associados às esferas de proteção da diversidade humana. Isso requer compreender: a) como são produzidos os enquadramentos normativos sobre Direitos Humanos?; e, b) a partir de quais critérios são definidos os sujeitos humanos? Seguindo essas orientações, parte-se para a problematização da noção de Direitos Humanos e categorias de identidade no Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional – jurisdição penal internacional permanente que passou a funcionar em 2002. Essa análise pressupõe enfrentar a questão: seria possível consolidar um Direito fora das internalizações de valores/controles sobre os sujeitos? Para isso, foram utilizados conceitos sobre teoria *queer* e marcadores sociais da diferença, observando o que as “sexualidades dissidentes” poderiam revelar. Tal estratégia tem como metodologia a análise teórica e documental contemporâneas. Por fim, buscou-se correlacionar as investigações junto aos rumos dos Direitos Humanos no Brasil. Nesse sentido, o texto foi estruturado com os seguintes eixos principais: 1) a perspectiva sobre Direitos Humanos a partir da análise crítica; e, 2) a reconfiguração de humanidade. Como resultado, aponta-se para

---

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – gclm85@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Professor no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – gabrielrached@gmail.com.

uma noção de Direitos Humanos emancipatória e propositiva em termos de inclusão, questionando hegemonias de poder.

**Palavras-chave:** Estatuto de Roma. Teoria *queer*. Sexualidades.

### ABSTRACT

The objective of this study is reflecting on Humanitarian Law. For this, the concepts associated to the spheres of protection of human diversity were observed. This requires understanding: a) how normative frameworks on human rights are produced; and, b) from which criteria are human subjects defined? Following these guidelines, we start with the problematization of the notion of Human Rights and categories of identity in the Rome Statute, which creates the International Criminal Court – a permanent international criminal jurisdiction that came into operation on 2002. This analysis presupposes addressing the question: would it be possible to consolidate a Law outside the internalizations of values/controls on subjects? For this, were used concepts about queer theory and social markers of difference, observing what "dissident sexualities" could reveal. Such strategy has as methodology the current theoretical and documentary analysis. Finally, we sought to correlate the investigations with the direction of Human Rights in Brazil. In this sense, the text was structured with the following main axes: 1) the perspective of Human Rights from the critical analysis; and, 2) the reconfiguration of humanity. As a result, a notion of emancipatory and propositional Human Rights is relevant in terms of inclusion, questioning hegemonies of power.

**Keywords:** Rome Statute. Queer theory. Sexualities.

## 1 INTRODUÇÃO

Os conflitos transnacionais e os conflitos internos, independentemente se armados ou não, passaram a fazer parte das preocupações a respeito da estabilidade das relações e interdependências internacionais. Os problemas advindos desses entraves, ao que tudo indica, vêm se tornando cada vez mais desafiadores, principalmente, para aqueles que questionam os interesses dominantes no poder. Isso tudo representa uma preocupação para os estudiosos sobre assuntos humanitários,

voltados a buscar soluções que visam proteger a humanidade como um todo, pensando sobre o valor da vida (e das condições de vida) para além dos bens materiais.

Nesse sentido, o campo científico costuma se ramificar em diversas teorias, dentre as quais serão trabalhadas a teoria *queer*<sup>3</sup>, bem como as teorias que compreendem os marcadores sociais da diferença<sup>4</sup>. Isso não significa desconsiderar outras formas de reflexão sobre o assunto, nem descartá-las – dado que, o desafio do presente trabalho consiste em problematizar o Direito Humanitário e repensá-lo a partir da noção de sexualidade.

Assim, parte-se da ideia de formações discursivas para a construção de sujeitos. Seguir essa diretriz, naturalmente, não exclui aquilo que independe das formas discursivas para “estar no mundo”, “acontecer no mundo”. Isso significa que existem forças para além do discurso. O que se pretende apresentar é a ausência de possibilidade em se pensar os corpos fora dos discursos pré-moldados. Desse modo, é possível observar que a noção de construção social não se dissocia da noção de “estar no mundo”. Consequentemente, qualquer descrição que se faça daquilo que “está” ou “não está” já pressupõe, de antemão, determinados enquadramentos. Nesse sentido, praticamente, seria improvável pensar fora dessa lógica.

Buscando ilustrar tal raciocínio, é possível observar que um corpo pode crescer ou envelhecer independentemente das construções sociais. Porém, esse mesmo corpo só será considerado vivo ou não, passível de luto ou não, conforme os enquadramentos sociais que o moldam. Até o fato de “crescer”, discursivamente, carrega em si determinados conceitos, significados, relacionados à certa forma de compreensão do mundo. Desse modo, para alguns teóricos, esclarecer esses pontos representaria a força motriz para compreender as relações de poder, ou seja, os usos que se fazem dos discursos – com fins de dominação, com fins de inclusão ou exclusão seletiva.

---

<sup>3</sup> Sobre a teoria *queer*, esta surge no sentido de confrontar as estabilidades, rebatendo aquilo que tem por intuito ofender, insultar. Assim, a teoria *queer*, nas palavras de Salih: “empreende uma investigação e uma desconstrução das categorias, afirmando a indeterminação e a instabilidade de todas as identidades sexuadas e ‘generificadas’” (SALIH, 2017, p. 20).

<sup>4</sup> Enquanto a teoria *queer* desenvolve uma desconstrução do sujeito, as teorias que trabalham com marcadores sociais da diferença, por sua vez, desenvolvem conceitos buscando mostrar as marcas incorporadas pelos sujeitos e nos sujeitos, tal como a noção de raça socialmente sentida e percebida.

A partir de tais esclarecimentos, torna-se possível prosseguir, repensando Direitos Humanos à luz da análise discursiva. Isso porque, entra em jogo uma gama de forças que tencionam as relações de poder, buscando definir quais seriam as fórmulas mais eficazes para a resolução de conflitos. Isso não quer dizer que o caminho para se repensar Direitos Humanos no plano discursivo seja simples ou mesmo que sejam encontradas soluções para as questões. Contudo, as análises exigem do interlocutor um esforço para se colocar diante da reflexão crítica, no sentido de avançar sobre a ideia de diversidade humana e ao mesmo tempo de igualdade material, ou seja, uma igualdade na proporção das diferenças.

Nesse sentido, é possível diagnosticar alguns paradoxos, por exemplo, no Estatuto de Roma, que sinalizam sobre o que poderia ser considerado como bens juridicamente protegidos ou não. Isso porque, as classificações sobre diversidade humana ainda são construídas sob estruturas estáticas no tempo e desligadas dos contextos complexos, bem como, por vezes, deixando de considerar desigualdades efetivas. Por isso, trazer a problemática dos direitos sexuais no Estatuto de Roma tem por objetivo contribuir com reflexões acerca do Direito Humanitário. Esta ideia também implica certa correspondência com outras categorias de constituição de sujeitos, tal como gênero, raça, classe, e tantas outras.

Assim, esse debate torna-se extremamente relevante e significativo, inclusive enquanto contribuição, junto ao campo de Direitos Humanos. Diante dessa abordagem, pretende-se observar como são definidos os conceitos associados às esferas de proteção da diversidade humana. Isso requer esforços nos seguintes âmbitos: a) como e em que circunstâncias são produzidos os enquadramentos normativos sobre Direitos Humanos?; e, b) a partir de quais critérios são definidos os sujeitos humanos? Seguindo essas orientações, parte-se para a problematização da noção de Direitos Humanos e categorias de identidade no Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional.

Para tanto, a metodologia utilizada foi desenvolvida através de análise teórica sobre determinados documentos internacionais (Estatuto de Roma e Princípios de Yogyakarta), valendo-se também de referências contemporâneas, tais como: Judith Butler, Joaquín Herrera Flores, Jessé Souza e Sonia Corrêa. Estes e demais autores,

ajudam a refletir sobre os tópicos deste trabalho, distribuídos da seguinte forma: a **seção 2** versa sobre a relação entre o Direito Humanitário e o Estatuto de Roma, em que se situa historicamente o Estatuto, demonstrando alguns pontos pertinentes para as análises sobre direitos sexuais e a repercussão desses direitos para a noção de diversidade e desigualdade; seguindo essa linha, na **seção 3**, passa-se para o debate no âmbito dos Direitos Humanos a partir dos marcadores sociais da diferença, trazendo algumas reflexões para se repensar sobre as naturalizações e como criar alternativas para se combaterem as desigualdades; em seguida, na **seção 4**, a teoria *queer* é analisada sobre os Princípios de Yogyakarta, para se repensar a reconfiguração da noção de Direitos Humanos; por último, nas **considerações finais**, traçam-se algumas observações, buscando trazer novas reflexões para os dilemas enfrentados pelo Direito Penal Internacional.

Uma vez apresentadas as nuances centrais a serem trabalhadas, será realizada uma breve contextualização relacionando o Estatuto de Roma com as questões de Direito Humanitário, que consiste no assunto da próxima seção.

## **2 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO HUMANITÁRIO E O ESTATUTO DE ROMA: breve contextualização**

O Estatuto de Roma (1998), que cria o Tribunal Penal Internacional, nasceu a partir da necessidade de avançar em termos de uma jurisdição penal internacional especializada e permanente. Sua criação testemunhou a existência de grandes dificuldades na construção de um Direito e de uma ideia de Justiça Internacionais. Independentemente dos acirrados interesses políticos entre povos, demandou-se a constituição de uma jurisdição penal internacional permanente, para julgar crimes graves contra a humanidade. Isso porque, era preciso conter os variados conflitos brutais que eclodiam entre povos, com as mais distintas formas de violências contra a diversidade humana. Esses resultados derivam, em um primeiro momento, da concentração de esforços da Organização das Nações Unidas (ONU) – formalizada em 1945 – para buscar soluções possíveis, passando a praticar julgamentos que respeitassem determinados princípios jurídicos.

Todo esse contexto surgiu de uma longa trajetória. A proposta de criação de um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente, segundo Japiassú (2004), não poderia ser reduzida às consequências da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), mesmo que as escaramuças advindas deste período tenham sido fatores relevantes para elaborar medidas mais imediatas. Por essa visão, as duas grandes guerras mundiais somaram experiências demonstrando, mesmo que de modo singular, certa progressão na direção de uma jurisdição penal internacional.

Japiassú (2004), assim como outros autores, destacam a criação dos Tribunais Internacionais *ad hoc* – também chamados Tribunais de Exceção, por serem Tribunais criados para casos específicos – como aqueles que serviram de “rascunhos” para o que seria a “obra final”. Por certo, as críticas direcionadas às séries de violações praticadas pelos Tribunais Internacionais *ad hoc* foram remediadas pelo Estatuto de Roma, principalmente para se alcançar o maior número de consensos entre os povos.

Argumenta Japiassú (2004) que o desejo de frear novos massacres contra determinadas pessoas erguia estratégias internacionais para buscar justiça através da punição. Em perspectiva histórica, já em 1474, havia uma tentativa de impedir a perpetração de crimes contra a humanidade. Assim, um dos precedentes históricos teria sido o julgamento de Peter von Hagenbach. Sua condenação foi tipificada por haver violado “leis Divinas e Humanas”, ao permitir que suas tropas cometessem diversas atrocidades em momentos em que não existiam hostilidades. Mas isso não chegou a ser considerado um Tribunal Internacional, nem mesmo influenciou a criação de um Tribunal Permanente (JAPIASSÚ, 2004).

Ainda nas leituras de Japiassú (2004), a primeira menção a uma jurisdição internacional penal permanente foi em 1872, por Gustav Moynier, comovido com as atrocidades da Guerra Franco-Prussiana, de 1870. Muito tempo se passou até que os Tribunais Internacionais se tornassem algo de fato concreto e de conotação imediatista. Como resultado, bastante tempo depois, seguiu-se o Tribunal de Nuremberg (1945) e logo depois o Tribunal de Tóquio (1946). Estes dois Tribunais Internacionais *ad hoc* foram fundamentais para o surgimento do Tribunal Penal Internacional Permanente. Contudo, mais dois Tribunais Internacionais *ad hoc* ainda ocorreram antes da efetiva constituição do Estatuto de Roma: trata-se dos Tribunais para a Antiga Iugoslávia

(1993) e para Ruanda (1994), o que talvez tenha ajudado a reforçar a necessidade de criação do Estatuto de Roma.

No entanto, o que muitos autores destacam, é que o fim da Guerra Fria (1945-1991) acabou gerando um contexto favorável à realização de negociações para a criação de uma jurisdição penal internacional permanente. Para o plenipotenciário brasileiro, na Conferência de Roma, Embaixador Sabóia (1999), foram três os fatores que contribuíram para a criação do Tribunal Penal Internacional: a) o fim da Guerra Fria; b) a globalização e a interdependência na sociedade internacional; e, c) uma tendência de fragmentação política depois do fim da Guerra Fria, que colocaria em risco a paz mundial. Nesse mesmo sentido, Japiassú (2004) menciona que o processo de negociação para a constituição de um Tribunal Penal Internacional Permanente foi lento, em razão de uma época bipolar de constante risco de guerra.

Contudo, diferente dos outros Tribunais Internacionais que precederam ao Tribunal Penal Internacional, este, criado em uma Conferência Diplomática em Roma, no período de 15 de junho a 17 de julho de 1998, teve como característica o funcionamento de forma constante. Nas palavras de Japiassú (2004, p. 113):

O Tribunal foi aprovado com 120 votos a favor, 7 contrários (Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia), além de 21 abstenções. O passo seguinte foi fazer com que o Tribunal pudesse efetivamente existir [...]. Para tanto, o Estatuto foi depositado em Nova Iorque, aguardando que, ao menos 60 Estados pudessem a ele aderir, sendo fixado um prazo até o dia 31 de dezembro de 2000. Ocorre que tal número de instrumentos de ratificação só foi atingido no dia 11 de abril de 2002, tendo o Tribunal começado a funcionar no dia 1º de julho de 2002.

A criação e instalação do Tribunal Penal Internacional Permanente abre uma nova fase para a persecução penal dos indivíduos, bem como proporciona um outro sentido de justiça na sociedade internacional. Em suma, o Tribunal Penal Internacional, tem como características a universalidade, a imparcialidade e a autonomia/independência do Tribunal, que possui natureza complementar às jurisdições domésticas, ou seja, só é acionável na falta de punição do Poder Judiciário do país que deveria agir contra o indivíduo acusado de crimes, previstos no Estatuto de Roma. Assim, o Tribunal Penal Internacional tem a natureza jurídica de uma

organização internacional e personalidade jurídica de Direito Internacional, que possui sede em Haia, nos Países Baixos.

Visto tais considerações, torna-se importante tecer algumas observações. O que possui relevância para este trabalho é destacado logo no início do Preâmbulo do Estatuto de Roma. O texto enfatiza a existência de uma consciência em torno do que uniria todos os povos. Desse modo, o comum estaria ligado a determinada natureza complexa, que possibilitaria a diversidade no todo. Isso pode ser percebido na expressão “delicado mosaico”. Tal entendimento sobre humanidade, bem como sobre a preocupação de proteção deste bem jurídico, ao que parece, vai compor o pilar do Direito Humanitário no Tribunal Penal Internacional.

Porém, prosseguindo, o Estatuto delibera, no artigo 7º, parágrafo 3º, que: “Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo ‘gênero’ abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado” (BRASIL, 2002).

Esse enquadramento abre espaço para aprofundar o debate no âmbito dos Direitos Humanos a partir dos marcadores sociais da diferença, trazendo algumas reflexões para se repensar sobre as naturalizações e como criar alternativas para se combater as desigualdades. Este é o assunto que será abordado na próxima seção.

### **3 O DEBATE NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS: os marcadores sociais da diferença e reflexões acerca da igualdade material**

Ao falar sobre marcadores sociais, trabalha-se com o conceito de marca socialmente gravada no corpo. Isso ocorre não só através de códigos simbólicos reiterados discursivamente, mas também, por meio de práticas incorporadas pelos sujeitos – seja de forma consciente ou inconsciente. Em razão disso, é importante ponderar acerca de alguns cuidados na abordagem desse assunto. Isso porque, entra em questão o lugar de fala, que carrega consigo um conjunto complexo de fatores a serem observados. Autores como Butler (2003), Corrêa (2016), Souza (2004) e hooks<sup>5</sup> (2008) chamam a atenção para esse ponto, evitando que se caia em uma série de riscos sobre a construção de definições que poderiam padronizar sujeitos, reduzindo-os

---

<sup>5</sup> A autora solicita que a escrita do nome se mantenha em letra minúscula.

a determinadas visões, produzindo e reproduzindo determinantes imutáveis sobre a constância do “ser”.

Mas, por que tais estudos seriam relevantes para este trabalho, e qual seria o problema em cristalizar sujeitos em determinadas classificações reducionistas? Ora, primeiramente, quando o Estatuto de Roma define “gênero” em termos de um binarismo sexual, reduzindo as possibilidades complexas do “ser”, há aí um problema. Para Butler (2003) e outros pensadores, a genealogia do sujeito demonstra que gênero e sexualidade seriam “efeitos” de instituições, discursos e práticas, e não suas causas. Ao se produzirem certas “verdades” sobre as definições de sujeitos, aqueles que não se enquadram às estruturas pré-definidas, por sua vez, estariam excluídos de direitos, de proteção, e assim por diante.

Ao assumir a construção das identidades, também é possível falar na ressignificação de sujeitos sob formas, inclusive, que subvertam as estruturas dominantes. Assim, as reiteraões discursivas constroem as “aparências” de sujeitos e de “verdade imutável” sobre a identidade. Desse modo, certas categorias, nas expressões de Corrêa (2016):

[...] nos parecem naturais porque são permanentemente reiterados nos discursos e práticas culturais e institucionais: a nomeação, as insistências nas diferenças anatômicas, as leis, a separação dos espaços e funções. Ou, como disse Bourdieu em seu clássico “*A Dominação Masculina*”, traços que estão nos modos de pensar, nas palavras, nos espaços, nos objetos, nos modos de ver e de experimentar a corporalidade. Butler recorre à figura da *drag queen*, da travesti, da pessoa trans, como figura filosófica que desestabiliza essas construções naturais.

Essas “aparências de verdade”, conforme Souza (2004), que causam a “impressão da naturalidade”, transportando nesse caso o conceito para o “ser” homem ou mulher, são desmascaradas, principalmente, pela célebre frase “não se nasce mulher, torna-se mulher” de Simone de Beauvoir em “O segundo sexo”, publicado em 1949. Consequentemente, repensar tais processos pode ajudar no que tange a reconfiguração da noção de humanidade, percebida não mais como fixa, mas sim dinâmica e complexa, ou seja, em constante processo.

Desse modo, a relação entre discursos e fabricação de sujeitos requer a contextualização do processo de construção social de tais conceitos. O que se entende

por humano, gênero e sexualidade está envolto por uma série de atravessamentos<sup>6</sup>, marcando e formando socialmente sujeitos de maneiras muito distintas. Sobre o tema, por exemplo, diversas pesquisas foram elencadas por Moutinho (2014). A autora realiza um estudo sobre a heterogeneidade das categorias, trazendo conceitos tais como a “comunidade imaginada”, expressão de Benedict Anderson, incorporada aos estudos de sexualidade a partir do trabalho de Avtar Brah, publicado em 2006.

Repensar todas essas abordagens implica em observar como se articulam as verticalizações de poder entre indivíduos, ora invisibilizando as diferenças em detrimento do sujeito abstrato universal, ora apontando diferenças para combater desigualdades. Desse modo, em que sentido seria interessante romper com as estruturas pré-constituídas de sujeitos? Nesse sentido, o que é possível revelar quando as categorias são desestabilizadas? Ao observar como funcionam os marcadores sociais da diferença nos atravessamentos entre raças, religiosidades, gêneros e sexualidades, é possível compreender melhor como diferentes combinações podem compor um universo infinitamente complexo sobre as variadas identidades. Também é possível observar como o lugar de fala das “categorias dissidentes” podem questionar o “sujeito abstrato universal”, o “ser” homem ou mulher, o “ser” qualquer, imóvel no tempo e no espaço.

Como forma de ilustrar os conceitos abordados acima, serão apresentados alguns casos de perseguições cometidas no regime nazista contra homossexuais, bem como outros casos emblemáticos envolvendo as sexualidades em conflitos internacionais. Esses exemplos podem contribuir para a compreensão de como os discursos operam relações de poder, causando desigualdades, inclusão e exclusão seletiva, e também deixando inscrições nos corpos de diferentes formas.

As relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo nem sempre foram classificadas em termos de constituição de identidade. Contudo, historicamente, a identidade homossexual foi discursivamente fabricada, com significados e códigos específicos de determinadas sociedades. Nesses termos:

---

<sup>6</sup> Atravessamento representa um dos sinônimos para o conceito de interseccionalidade, que trabalha com as imbricadas formas de sobreposições de marcadores sociais da diferença. Preferiu-se pela utilização do termo “atravessamento”, pois, didaticamente, sua compreensão parece ser mais direta.

[...] a representação do homossexual (homem ou mulher) como um tipo clínico, tal como se conhece hoje, somente aparece nas sociedades ocidentais no século XIX. Em 1870, um texto do médico alemão Carl Westphal intitulado "As Sensações Sexuais Contrárias" definiu a homossexualidade como um desvio sexual, abrindo caminho para teóricos da época e seus herdeiros tratarem de descobrir o que, na anatomia ou na história familiar do "doente", pôde provocar sua "anomalia". O termo passa a designar um tipo social particular, com pretendidas características psicológicas ou fisiológicas. Assinale-se, contudo, que o termo homossexual (do alemão Homosexualität) aparece, pela primeira vez, em 1869, em artigos de jornais do escritor e advogado húngaro Karol Maria Kertbeny, que, fazia uso do termo "homossexual" e "homossexualismo" como uma maneira de lutar contra o artigo 175 do Código Penal Alemão, que condenava os praticantes do mesmo sexo à prisão com trabalhos forçados. Para proteger sua pessoa e conferir maior respeitabilidade à defesa desta minoria discriminada, Kertbeny usou o pseudônimo de Dr. Benkert, embora nunca tivesse sido médico (SOUZA FILHO, 2009, p. 100).

O documentário "*Paragraph 175*", produzido por Rob Epstein e Jeffrey Friedman (2000), realizado pelas pesquisas de Klaus Müller sobre o destino de homossexuais durante o período nazista, revela táticas de poder muito específicas em termos de controle sobre a necessidade de reprodução biológica e a construção de forças de guerra.

Tal análise, pode ser percebida, por exemplo, no Estatuto de Roma, que não faz qualquer referência às sexualidades como categorias elevadas ao *status* de Direitos Humanos, mas insiste em construir sujeitos dentro de enquadramentos, colocando em risco aqueles que não se encaixam nas suas definições. Não se trata de "criar letrinhas" – como sugere o título da obra trabalhada por FACCHINI (2005) –, mas de compreender a diversidade em sua complexidade e dinamismo, promovendo condições de vida que de fato atendessem à participação democrática.

Segundo o documentário, o regime nazista ao buscar eliminar a homossexualidade aprisionando mais de 100.000 homossexuais de famílias cristãs alemãs, leva a pensar quais estratégias estavam por trás dos discursos produzidos. O fato de existirem homossexuais não parecia ser problema, desde que houvesse uma "adequação" ao que se compreendia como "natural", "normal" e "moralmente aceitável". De acordo com declaração publicada à época: "Aproximadamente entre o 7 e o 8% dos homens na Alemanha são homossexuais. Se as coisas seguirem assim, nossa nação cairá em pedaços por esta praga. Aqueles que praticam a homossexualidade privam a

Alemanha dos meninos que lhe pertencem” (Heinreich Himmler, Chefe das SS). Em 1935, no aniversário do assassinato de Röhm<sup>7</sup>, os nazistas reescreveram o artigo 175, para ampliar o conceito de comportamentos homossexuais. O lesbianismo, por sua vez, era visto como condição temporária e curável (PARAGRAPH, 2000).

A ideia de que as mulheres eram a base da reprodução foi motivo para criarem uma nova agência estatal: a “liga de luta contra o aborto e a homossexualidade.” Os nazistas viam a homossexualidade masculina como uma enfermidade contagiosa que poderia contaminar o sangue de outros alemães. Nesse sentido, a política oficial para os homossexuais era a “reeducação”. Muitos homossexuais foram levados para os campos de concentração tornando-se escravos, cobaias, castrados e mortos. Quase dois terços desses 100.000 homossexuais morreram nos campos de concentração<sup>8</sup>. No entanto, aqueles homossexuais que ocultavam sua homossexualidade e se alistavam para o exército recebiam honra, dignidade e justiça. Tal tecnologia de poder parece estabelecer uma íntima relação em termos de controle da população (PARAGRAPH, 2000).

Contudo, a categoria dos homossexuais não foi reconhecida e acolhida como detentora de proteção pelos Direitos Humanos, por diversos países à época. Logo, variados discursos foram entranhados no corpo normativo, segregando pessoas de forma explícita. Souza (2004, p. 81) argumenta que isso tudo é efeito da “forma naturalizada de uma realidade tácita, que dispensa, por isso mesmo, justificação”. Por conseguinte, o discurso das “sexualidades dissidentes” também obedece às classificações culturalmente variáveis de agenciamento. Como exemplo, a Organização Mundial da Saúde somente retirou a homossexualidade da lista das doenças mentais em 1991 (SOUSA FILHO, 2009, p. 101).

Nessa direção, mas por outra perspectiva, como destaca Butler (2015), ordens verticalizadas de poder podem ocorrer de forma oposta ao que foi exposto, como nos

---

<sup>7</sup> Ernst Röhm (1887-1934), foi um oficial alemão, que se relacionava sexualmente com outros homens, morto na prisão de Stadelheim, em Munique.

<sup>8</sup> A título de curiosidade, somente no ano de 2016 foi lançado “um mecanismo legal para perdoar os milhares de condenados e assim pôr fim a um capítulo vergonhoso na história do pós-guerra.” Além disso, foi proposta uma “lei destinada a revogar as sentenças” que condenavam por crimes homossexuais na Alemanha, “e criar ‘um direito à indenização’” (MÜLLER, 2016, “El País”).

casos cujas sexualidades dissidentes passam a ser parâmetro de liberdade e modernidade, mas simultaneamente de opressão. Fala-se aqui das violações sexuais perpetradas por norte-americanos aos prisioneiros islâmicos nas prisões de Guantánamo e de Abu Ghraib, onde estereótipos imaginados para o povo islâmico, formatando aqueles sujeitos sob uma perspectiva de ortodoxia religiosa que proíbe práticas sexuais dissidentes, passa a servir como forma de torturar sujeitos – como no caso em que prisioneiros foram forçados a ficarem em posição de práticas homossexuais. Outro exemplo disso foram as exigências realizadas no Exame de Integração Cívica Holandês aos imigrantes islâmicos, que condicionava esses imigrantes a se sentirem confortáveis com imagens de homens se beijando, para poderem ingressar na Holanda. Nesse sentido, a ideia estereotipada de sujeitos pode revelar os usos que se fazem dos discursos, ao se criarem arranjos fixos (BUTLER, 2015). Daí, surge a importância da constante análise crítica, repensando categorias por vários ângulos.

Para o sociólogo norte-americano Gagnon (2006, p. 406), “não temos um comportamento sexual biologicamente nu, mas uma conduta sexual socialmente vestida”. Ou seja, “o comportamento sexual é constituído socialmente, de modo que se transforma em conduta sexual”.

Nessa direção, a importância dada à sexualidade nas sociedades ocidentais deriva do fato de que lhe é atribuído um significado relacionado à gênese do social: relações sexuais estariam associadas à formação de famílias que, por muito tempo, foram consideradas as “células” da sociedade, e responsáveis por sua reprodução. Nas palavras de Carrara (2010, p. 22): “nascemos dotados/as de determinadas capacidades biológicas. Todo o resto se constrói e vai se formando ao longo da vida”. Por isso, existem muitas expressões da sexualidade. Desse modo, seria praticamente impossível homogeneizar as diferentes formas de constituição dos seres em relação à sexualidade, isso porque, não existiria uma estabilidade, mas sim uma constante produção e reprodução de novos significados.

Em paralelo, Vance (1995) aponta que corpos e atos sexuais aparentemente idênticos do ponto de vista físico podem ter variada significação social, a depender de como sejam definidos e compreendidos nas diferentes culturas e períodos históricos.

Seria impossível, portanto, separar organismo e atos, considerados sexuais, do conjunto de significados e práticas a partir dos quais são percebidos, elaborados e vividos. Por isso mesmo, também não seria possível tomar o organismo como explicação isolada da sexualidade ou de qualquer outra conduta humana.

A partir dessa exposição, segue-se com as análises da teoria *queer*, e o que ela oferece como alternativas no avanço do Direito Humanitário em termos práticos de democracia, consistindo no assunto a ser tratado na próxima seção.

#### **4 OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA: a implicação dos direitos sexuais no âmbito internacional e a reconfiguração da noção de direitos humanos**

Dados os elementos abordados até aqui, algumas linhas entre prática e teoria, tornam-se fundamentais para se criar uma visão complexa do Direito. Como preleciona Flores (2004), esta visão exige o repensar constante sobre os conceitos, por meio de mecanismos de resistência e descentralização. Com efeito, a diversidade, em suas múltiplas nuances, requer um Direito criado por pessoas reais e para pessoas reais. Desse modo:

[...] nossa visão complexa dos direitos aposta por uma *racionalidade de resistência*. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – ***universalismo de chegada ou de confluência***” (FLORES, 2004, p. 374-375).

Nesse sentido, a homossexualidade enquanto efeito discursivo, perpassando pela configuração ora de desvio, ora de normalidade, compreende o jogo de relações de poder que aí estão envolvidas. Cabe destacar que o aparecimento de forças de resistência desempenhou um papel significativo para a construção de “novos Direitos”. Estamos falando, tal como Facchini (2005), de ações feministas e pelos Direitos de pessoas LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e assim por diante), bem como do surgimento de tecnologias, como o advento de contraceptivos e a criação de medicamentos no combate ao HIV-Aids. Esses são alguns exemplos que contribuíram significativamente para a construção de novas formas de se compreender a noção de sexualidades.

Segundo Facchi (2005), os movimentos feministas, vastos e heterogêneos em razão do desenvolvimento das configurações e pautas, poderiam ser caracterizados pelo esforço de melhorar a situação das mulheres, abrindo inclusive espaço para se repensar os conceitos de “minorias”. A resistência desses grupos possibilitaria também observar a construção de falsas neutralidades em diversos campos do saber:

Como exposto por Hekma (1996) – e antes dele, por Weeks (1985) e por Foucault (1976) – a heterossexualidade, enquanto projeto político de controle social das massas por um grupo/classe que ascendeu ao poder, foi instituída no século XIX e alicerçada em elementos fornecidos pelas ciências biomédicas – as novas provedoras da verdade sobre o corpo individual e, por extensão, sobre o corpo social (GONTIJO, 2009, p. 24).

Assim, formulações teóricas do Direito, através da elaboração de normas, criariam uma falsa igualdade universal, sem raça, sem gênero, sem sexo, sem idade, sem classe social, deixando em desvantagem todos esses que permaneceriam sob nítidas desigualdades.

No âmbito das mudanças, foi possível observar uma trajetória progressiva dos documentos internacionais, desde a Carta das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), às Conferências do Cairo (1994) e de Pequim (1996). Tais Conferências ampliaram espaços para o diálogo sobre Direitos Humanos, estabelecendo normas e diretrizes internacionais para as políticas internacionais.

Recentemente, foram aprovados os Princípios de Yogyakarta. Este documento partiu da iniciativa da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, em nome de uma coalizão de organizações de Direitos Humanos. Dessa proposta, acabou surgindo:

[...] um projeto com o objetivo de desenvolver um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da legislação internacional às violações de direitos humanos com base na orientação sexual e identidade de gênero, no sentido de dar mais clareza e coerência às obrigações de direitos humanos dos Estados (PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA, 2006, p. 8).

Assim, um conjunto de conceitos foram esclarecidos para orientar as legislações internacionais a respeito da orientação sexual e identidade de gênero. Para isso, pessoas relacionadas ao assunto e às ações a favor das causas LGBT se reuniram para as deliberações, pela igualdade de direitos. No caso do Brasil, os Princípios de Yogyakarta foram lançados em 27 de agosto de 2007.

Outro aspecto interessante desse documento é que: “não se mencionam, em nenhum momento, os termos mulher, homem, gay, lésbica, transgênero, travesti, intersexo” (CORRÊA, 2007, p. 48-49). Podemos dizer que o mesmo segue uma tendência *queer*, pois existe a tentativa de criar estratégias que se afastem de “uma política de identidade que fixa os sujeitos de direitos nos seus corpos para enfatizar as circunstâncias de violação e discriminação” (CORRÊA, 2007 p. 49). Por conseguinte, a teoria *queer* compreende um:

[...] pensamento não-normalizador, uma teoria social não heterossexista e que, portanto, reconhece a sexualidade como um dos eixos centrais das relações de poder em nossa sociedade. A teoria *queer* foi se constituindo como um conjunto bastante heterogêneo de discussões críticas que desafiaram a ordem heterossexual como sinônimo de normalidade. E desde seu surgimento nos Estados Unidos, em meados dos anos de 1980, constitui-se como um saber marginal que procurou desafiar as ciências canônicas, mas também o próprio movimento de gays e lésbicas, que, na crítica *queer*, estava se tornando assimilacionista e reiterador da ordem heterossexual, ou seja, da mesma lógica social que os havia constituído como seres anormais e socialmente indesejáveis” (PELÚCIO, 2015, p. 2).

A teoria *queer*, desse modo, insere-se nas novas formas de percepção sobre as estruturas pré-estabelecidas e naturalizadas socialmente, questionando arranjos fixos de identidades. Nesse sentido, “se a universalidade não se impõe, a diferença não se inibe; sai à luz” (FLORES, 2004, p. 375). Por outro lado, pensar no sujeito requer soluções possíveis para que as identidades possam ser reconhecidas e fluírem sem que isso implique necessariamente em desigualdades.

Diante do exposto, “para compreender porque os Princípios de Yogyakarta são inegociáveis, basta lembrar que, ainda hoje, 84 países criminalizam relações entre pessoas do mesmo sexo. Em sete deles, esse ‘crime’ está sujeito à pena de morte” (CORRÊA, 2007, p. 49). Muitos países ainda são governados por grupos religiosos que condenam a homossexualidade por diversos argumentos sustentados em crenças. Estas, quando entrelaçadas a elementos de governo/governança, impedem os questionamentos próprios da Ciência.

Por esse raciocínio, Côrrea (2007, p. 49) argumenta que do ponto de vista legal: “no Brasil, embora a sodomia tenha sido abolida em 1830, isso não representou o fim da discriminação, estigma e violência”. Já nos dias atuais, ainda que com maior

liberdade em termos de expressão das sexualidades, é possível constatar que os problemas persistem. Uma evidência disso, pode ser observada através dos números de mortes em razão da discriminação contra as “sexualidades dissidentes” no país – que tem girado em torno de 200 assassinatos por ano nessas primeiras décadas do século XXI.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das ideias apresentadas e discutidas ao longo do trabalho, torna-se possível observar que o Tribunal Penal Internacional, organização internacional com fins de assegurar proteção à diversidade humana em determinadas circunstâncias, descuidou-se da revisão crítica ao fixar sujeitos em certas categorias. Assim, este trabalho buscou contribuir com algumas reflexões sobre pontos centrais acerca do Direito Humanitário, na medida em que apresenta como são definidos sujeitos humanos normativamente, bem como observa problemas diante de certos enquadramentos e validade em termos de Direitos Humanos.

Visto isso, as abordagens levantadas pela teoria *queer* e pelos marcadores sociais da diferença ajudaram a apontar as fragilidades de certos discursos, ao desestabilizar categorias e combater naturalizações a partir da problematização diante da noção de “sexualidades dissidentes”. Para ilustrar a sexualização de sujeitos, foram apresentados alguns exemplos em contextos distintos, cuja disputa de poder se concentrava na construção da sexualidade aceitável ou não, passível de ser vivida ou não, entre outras situações conflituosas.

Conseqüentemente, os efeitos de gêneros e de sexualidades ajudaram a compreender os atravessamentos possíveis que as identidades podem apresentar, bem como a complexidade que tudo isso ganha na prática. Assim, foi possível analisar também outras possibilidades de se entender diversidade humana, juntamente com a perspectiva do pensamento *queer*, como destacado nos Princípios de Yogyakarta. Nesse sentido, podem ser subvertidas as estruturas dominantes, ao se resignificar discursos.

Paralelamente, o avanço para uma pauta teórica e prática por Direitos Humanos ganhou significativas conquistas a partir do posicionamento crítico de ações feministas

e do surgimento de tecnologias que colocavam em questão as ordens hegemônicas de poder.

Para isso, apostou-se na visão descentralizada do Direito, deslocando o sujeito abstrato universal, e incluindo aqueles sujeitos que antes se encontravam à margem de proteção – buscando com isso a criação de relações horizontalizadas de poder. Ao tentar combater as desigualdades, criando caminhos em direção à emancipação das diferenças, caberia apontar para mecanismos que repensassem condições de vida em termos de Direito Humanitário, bem como conscientizassem em relação ao surgimento contínuo de outras eventuais composições de poder.

No caso do Brasil, mesmo havendo a incorporação de documentos internacionais sobre Direitos Humanos à legislação interna, ainda persistem sérias dificuldades para alcançar um ideal de justiça social e bem comum. Desse modo, repensando os usos que se fazem dos discursos, mesmo não adentrando no mérito da atuação ou não do Tribunal Penal Internacional, segue-se a questão: se os discursos não são neutros, como consolidar um Direito fora das internalizações de valores/controles sobre os sujeitos?

Por fim, embora sejam nítidos os avanços com a criação de um Estatuto que cria o Tribunal Penal Internacional, notam-se que tanto do ponto de vista legal quanto de sua aplicação, a sociedade depara-se com um alto grau de defasagem das práticas vigentes em relação à plataforma de Direitos Humanos compatível com uma agenda propositiva para o século XXI.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o **Estatuto de Roma** do Tribunal Penal Internacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 25 set. 2002. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm) >. Acesso em: 24 abr. 2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. **Quadros de guerra**: quando a vida é passível de luto? Tradução de Sérgio Tadeu de Niemeyer Lamarão e Arnaldo Marques da Cunha, revisão de tradução de Marina Vargas, revisão técnica de Carla Rodrigues. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

CARRARA, Sérgio. et al. (Org.). **Curso de especialização em Gênero e Sexualidade**. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília, DF: Secretaria Espacial de Políticas para as Mulheres, 2010.

CORRÊA, Sonia. A categoria mulher não serve mais para a luta feminista. Entrevista concedida à Laura Daudén e Maria A.C. Brant. **SUR(Revista Internacional de Direitos Humanos)**, [S.l.], v. 13, n. 24, p. 215-224, 2016. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2016/12/20-sur-24-por-sonia-correa.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Resenha. **Democracia viva**, n. 37, dez. 2007. Disponível em: <[http://www.ibase.br/userimages/DV37\\_resenha1.pdf](http://www.ibase.br/userimages/DV37_resenha1.pdf)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

FACCHI, Alessandra. El pensamiento feminista sobre el Derecho: um recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl. **Academia - Revista sobre enseñanza Del Derecho de Buenos Aires**, ano 3, n. 6, p. 27-47, primavera 2005.

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

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. cap. 11.

GAGNON, John H. **Uma interpretação do desejo**: ensaios sobre o estudo da sexualidade. Tradução de Lucia Ribeiro da Silva. Revisão técnica de Sergio Carrara e Horacio Sívori. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

GONTIJO, Fabiano. **Rei Momo e o arco-íris**: carnaval e homossexualidade no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

HOOKS, bell. Linguagem: ensinar novas paisagens/novas linguagens. Tradução de Carlianne Paiva Gonçalves, Joana Plaza Pinto e Paula de Almeida Silva. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 16, n. 3, p. 857-864, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/07.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

MOUTINHO, Laura. Diferenças e desigualdades negociadas: raça, sexualidade e gênero em produções acadêmicas recentes. **Cadernos Pagu**, Campinas, n. 42, p. 201-248, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n42/0104-8333-cpa-42-00201.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2017.

MÜLLER, Henrique. Alemanha vai indenizar milhares de homens condenados por serem gays: relações entre homens eram punidas pelo Código Penal alemão até 1994. **El País Internacional**, Berlim, 2016. Disponível em: <[http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/11/internacional/1462987057\\_723361.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/11/internacional/1462987057_723361.html)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

PARAGRAPH 175. Direção: Rob Epstein e Jeffrey Friedman. Produção: Rob Epstein & Jeffrey Friedman, Janet Cole, Michael Ehrenzweig e John Hoffman. [S.l.]: Telling Pictures, 2000. Disponível em versão eletrônica – *online*. Pesquisas históricas de Klaus

Müller. Exibição permanente no United States Holocaust Memorial Museum em Washington, D.C.

PELÚCIO, Larissa. Teoria queer/estudos queer. In: CARRARA, Sérgio et al. (Org.). **Curso de especialização em Gênero e Sexualidade**. Rio de Janeiro: CEPESC; Brasília, DF: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2015.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Tradução de Jones de Freitas. Revisão técnica de Sonia Corrêa e Angela Collet. [S.l.: s.n.], 2007. Disponível em:  
<[http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf)>. Acesso em 24 abr. 2017.

SABÓIA, Gilberto Vergne. **A criação do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em:  
<[www.cjf.gov.br/revista/numero11/Conferencia.htm](http://www.cjf.gov.br/revista/numero11/Conferencia.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a teoria queer**. Tradução e notas de Guacira Lopes Louro. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SOUSA FILHO, Alípio de. Teorias sobre a gênese da homossexualidade: ideologia, preconceito e fraude. In: JUNQUEIRA, Rogério Diniz (Org.). **Diversidade sexual na Educação: problematizações sobre a homofobia nas escolas**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, UNESCO, 2009, p. 95-125. Disponível em:  
<[http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/diversidade\\_sexual\\_na\\_educacao\\_e\\_homofobia\\_nas\\_escolas.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/39/diversidade_sexual_na_educacao_e_homofobia_nas_escolas.pdf)>. Acesso em: 24 abr. 2017.

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 19, n. 54, p. 79-97, fev. 2004. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n54/a05v1954.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

VANCE, Carole. A Antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico.

**PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva**, v. 5, n. 1, 1995.

## Capítulo 4

### A PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS PELOS NÚCLEOS FAMILIARES POLIAFETIVOS

#### THE PRODUCTION OF LEGAL EFFECTS BY POLYAFFECTIVE FAMILIES CENTERS

*Jussara Romero Sanches*<sup>1</sup>

*Daniela Braga Paiano*<sup>2</sup>

#### RESUMO

A dinâmica das transformações na vida social é intensa e coloca o direito em posição de retaguarda frente a elas e isso se materializa em diversas situações, no entanto, para este estudo, será debatido, especialmente às transformações que se referem à estrutura familiar, contemporâneas. Observa-se atualmente a formação de núcleos familiares estruturalmente diversos, como a formação de famílias poliafetivas, que se configuram quando mais de duas pessoas, do mesmo sexo ou não, estabelecem entre si um relacionamento afetivo com o intuito de formar um núcleo familiar. A hipótese norteadora configura-se na possibilidade de produção de efeitos jurídicos desse tipo de núcleo familiar, mesmo sem sua previsão legal. Através do método-hipotético dedutivo e revisão bibliográfica, conclui-se que é possível que efeitos jurídicos sejam produzidos mesmo diante da imprevisão legal desse tipo de formação familiar, pois se configuram como situações juridicamente relevantes aptas a refletirem no mundo jurídico. Dessa forma, mesmo que não previstas especificamente, devem ser tuteladas pelo Estado.

**Palavras-chave:** Famílias Poliafetivas. Efeitos Jurídicos. Situações Juridicamente Relevantes.

---

<sup>1</sup> Mestranda do programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Bolsista CAPES. Graduada em Direito e em Ciências Sociais.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Civil pela Universidade de São Paulo – USP. Docente do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.

## ABSTRACT

The dynamics of the transformations in the social life is intense and puts the right in a rear position in front of them and this materializes in several situations, nevertheless, for this study, will be debated, especially the transformations that refer to the familiar structure. Currently, can be observed a formation of structurally diverse family centers, such as the formation of polyaffective families, which are formed when more than two people, of the same sex or not, establish an affective relationship among themselves with the intention of forming a family centers. The guiding hypothesis is the possibility of producing legal effects of this type of family centers, even without its legal prediction. Through the hypothetic-deductive method and bibliographic review, the conclusion is that it is possible that legal effects are produced even in the face of the legal unforeseenness of this type of family formation, since they are configured as legally relevant situations capable of being reflected in the legal world. In this way, even if not specifically envisaged, they must be protected by the State.

**Keywords:** Polyaffective Families. Legal Effects. Relevant situations of Jurisdiction.

## 1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A questão que se buscará responder na presente pesquisa é sobre a existência de efeitos jurídicos a partir de situações sociais fáticas não previstas no ordenamento, em especial no que se refere a existência fática de configurações de famílias poliafetivas, ou seja, a coexistência de mais de duas pessoas como entidade familiar e a possibilidade de produção de efeitos jurídicos. Ou seja, será aqui observado se são possíveis de serem classificadas como situações juridicamente relevantes.

A hipótese levantada como norte para a elaboração do presente estudo, é que mesmo não havendo previsão no ordenamento jurídico de famílias poliafetivas, se elas são capazes de produzir efeitos jurídicos, uma vez que se colocam como situações que expressam a livre manifestação da vontade dos indivíduos em relação a forma como constituirão seus relacionamentos afetivos e não encontram obstáculos legais para isso.

Para o desenvolvimento do presente trabalho, será feito inicialmente uma breve análise sobre os institutos do fato jurídico, relação jurídica e situação jurídica. Sua conceituação e principais características, com o objetivo de identificar as aproximações

e distanciamentos entre esses três institutos, uma vez que o exercício de reflexão auxiliará na compreensão das novas configurações familiares e os seus reflexos.

Por fim, será discutido o conceito de família poliafetiva, a partir de uma abordagem dialética que buscará tratar as relações sociais fáticas com o ordenamento jurídico, sintetizando a relação entre os dois primeiros elementos nos efeitos jurídicos decorrentes dessa situação social. Mesmo diante da imprevisão legal dessa situação, as transformações no âmbito familiar, a ocorrência cada vez mais frequentes de núcleos familiares diversos e a aceitação social de tais fenômenos, bem como os reflexos que tais situações ensejam no mundo jurídico, esse estudo demonstra sua relevância jurídica.

## **2 CONSIDERAÇÕES SOBRE MATERIAIS E MÉTODOS**

A primeira característica metodológica da pesquisa refere-se a sua interdisciplinaridade. As transformações sociais não são percebidas de imediato pelas Ciências Jurídicas, pelo contrário, o Direito é chamado a se manifestar sobre determinados fenômenos quando estes adentram o universo jurídico. As ciências que possuem a sociedade em si como objeto de estudo, são mais sensíveis para perceberem essas mudanças.

Aliás, cabe destacar o que menciona Hironaka (2013, p. 1) sobre essas transformações na família: “Afiml, *família* é arranjo que se dá espontaneamente no seio da sociedade, tendo por base e fundamento o afeto cultivado entre seus membros”.

Como o objeto de estudo aqui tratado parte justamente das transformações nos núcleos familiares, para além da análise jurídica sobre a família, as ciências humanas e sociais, em especial a sociologia é chamada para explicar e compreender esses processos de transformação. As questões concretas da vida social, não são passíveis de serem analisadas partindo-se apenas de uma perspectiva analítica, neste sentido Leister e Wang (2012, p. 194) afirmam que “muitas vezes é preciso combinar o conhecimento segmentado para abordar problemas de maneira mais abrangente”.

Em relação as transformações ocorridas no seio da estrutura familiar Giddens (2012, p. 274) faz as seguintes considerações:

Não existe possibilidade de volta à família tradicional, não apenas porque, como vimos antes, a família tradicional como se costuma pensar

nunca existiu, ou porque havia muitas facetas opressivas nas famílias do passado para torna-las modelo para os dias de hoje, mas também porque as mudanças sociais que transformaram as formas anteriores de casamento e a família são praticamente irreversíveis.

É com base nas pontuações do sociólogo que a família deve ser observada no âmbito jurídico, uma vez que são essas novas estruturas familiares que demandam respostas do Direito. Dessa forma, a pesquisa proposta se ampara no método indutivo e se utiliza de pesquisa bibliográfica e análise conceitual para sua elaboração.

### **3 NÚCLEOS FAMILIARES POLIAFETIVOS E A POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS**

Inicialmente, antes de adentrar na discussão a respeito da possibilidade de produção de efeitos jurídicos pela formação de famílias poliafetivas, este estudo realizará uma breve análise de alguns institutos que estão diretamente relacionados com este fenômeno social. Dessa forma, serão apresentados, não de forma exaustiva, a definição e os principais contornos dos seguintes institutos: fato jurídico, negócio jurídico e por fim, situação jurídica.

A vida do homem é permeada de acontecimentos que se sucedem uns aos outros. Por vezes, são acontecimentos que não possuem relevância nenhuma para a instância jurídica. Porém, em outras vezes, são fenômenos que afetam o mundo jurídico, produzindo a partir de sua ocorrência, efeitos jurídicos.

Neste sentido, é a definição trazida por Abreu Filho (1997, p. 4) que afirma essa “multiplicidade de eventos, quer dependam ou não da vontade do homem, nasceriam os chamados fatos jurídicos, que se caracterizariam, exatamente, por esta circunstância de sua repercussão na órbita do direito, produzindo efeitos jurídicos”. Assim sendo, os fatos jurídicos são justamente estes que, acontecendo, produzem efeitos jurídicos.

Andrade (2003, p. 1) destaca a relevância jurídica ao apontar que “facto jurídico é todo facto (actuação ou simples ocorrência) da vida real (máxime da vida real) produtivo de efeitos jurídicos, ou – por outras palavras – todo facto da vida real juridicamente relevante”. O autor contrapõe também, os fatos jurídicos daqueles fatos corriqueiros que são indiferentes para a ordem jurídica.

No mesmo sentido destacado anteriormente, Betti (2008, p. 22) também ressalta a relevância jurídica dos fatos jurídicos ao afirmar que eles são “aqueles fatos a que o

direito atribuiu relevância jurídica, no sentido de mudar as situações anteriores a eles e de configurar novas situações, a que correspondem novas qualificações jurídicas”. Destaca-se, portanto, na conceituação dos três autores apresentados, a importância que determinados fatos possuem, a ponto de entrarem na esfera jurídica, produzindo efeitos neste campo.

O que se estabelece, a partir da qualificação que o direito faz de jurídico em relação a alguns fatos da vida considerados relevantes, estabelece uma relação jurídica. Explicando o que é uma relação jurídica, Betti (2008, p. 26) ensina que ela, no campo do direito privado, “pode caracterizar-se, precisamente, como uma relação que o direito objetivo estabelece entre uma pessoa e outra pessoa, na medida em que confere a uma o poder e impõe à outra um vínculo correspondente”.

O que se compreende da explicação apresentada pelo autor, é que a relação jurídica se configura pelo laço criado entre um indivíduo e outro, sendo que a um deles é conferido um direito e ao outro um dever. Ainda, explicando as relações jurídicas, o autor afirma que elas se materializam em relações sociais que existem anteriormente, ou seja, o direito não as criou, elas já subsistem na realidade, o que o direito faz é a previsão e orientação de acordo com qualificações e valorações normativas (BETTI, 2008).

No mesmo sentido Amaral (2014, p. 207) explica que a “relação jurídica é o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres”. Para o autor, as relações sociais entre indivíduos são potencialmente conflitivas, fazendo com que o direito as discipline, assim sendo, as relações jurídicas são as relações sociais disciplinadas pelo Direito (AMARAL, 2014).

Quando o Direito reconhece essa relação, ele cria entre os indivíduos um vínculo jurídico, que para Amaral (2014, p. 208) se traduz “em uma situação de poder e outra de dever ou de sujeição”, acrescentando as considerações feitas acerca da relação jurídica, o autor afirma que ela “é a relação social disciplinada pelo direito, e concretamente, é uma relação entre sujeitos, um titular de um poder, outro de um dever, ou se quisermos, uma relação entre duas situações jurídicas”. Novamente destaca-se a criação de um vínculo de poder-dever entre os sujeitos.

Partindo dessa perspectiva de qualificação que o direito faz em relação a determinadas relações, Amaral (2014, p. 235) aponta que “quando certas consequências jurídicas se ligam a determinadas situações ou comportamentos, configuram-se as situações jurídicas que nada mais são do que situações existenciais qualificadas ou legitimadas pelo direito”. As situações jurídicas definidas pelo autor caracterizam-se pela abrangência, uma vez que compreendem diversas manifestações de poder e dever que compõem a relação jurídica (AMARAL, 2014, p. 236). No entanto, o autor aponta para uma crítica em relação à ideia de direito subjetivo como instituto insuficiente para dar conta da complexidade das relações humanas.

Em relação a esta insuficiência do direito subjetivo observada pelo autor, Amaral e Riccetto (2016, p. 26), ao abordarem as mudanças graduais proporcionadas pela fenomenologia jurídica em relação ao tema, afirmam que:

[...] a partir do reconhecimento de que certos bens jurídicos passíveis de proteção constitucional somente seriam de fato resguardados quando superada a barreira rígida do direito subjetivo, tornou-se possível a concessão de proteção jurisdicional ao interesse jurídico.

Interesses esses que, apesar de produzirem efeitos jurídicos, não se encontram abrangidos pelo comando de qualquer norma jurídica, como afirmam os autores.

Como visto anteriormente, determinados fatos da vida social possuem relevância e são reconhecidos juridicamente pelo Direito e sobre eles incidem efeitos jurídicos. Porém, como afirmam Amaral e Riccetto (2016, p. 28) “alguns fatos sociais, embora dotados de relevância, não são abarcados por normas jurídicas – produzem efeitos jurídicos, mas, em razão da ausência de comando advindo de uma norma jurídica, não geram um direito subjetivo”, afastando-se, de acordo com os autores, da noção clássica de direito subjetivo e relação jurídica.

A dinâmica da vida social e sua constante transformação colocam em destaque cada vez mais fatos sociais que implicam diretamente no mundo jurídico, mas não possuem um comando legal proveniente de uma norma jurídica. Entre estes fatos, destaca-se a formação de famílias poliafetivas. Para Giddens (2012, p. 242) “família é um grupo de pessoas ligadas diretamente por conexões de parentesco, cujos membros adultos assumem responsabilidade por cuidar das crianças”. O autor apresenta

diferentes configurações que um grupo familiar pode assumir, como: família ampliada, monogâmica, poligâmica, poligênica, poliândrica, entre outros.

Assumindo a existência dessa variedade de grupos familiares, Giddens (2012, p. 243) aponta que “muitos sociólogos acreditam que não se pode falar sobre ‘a família’, como se houvesse apenas um modelo de vida familiar que seja mais ou menos universal”, dessa forma, ainda de acordo com Giddens (2012, p. 243), “existem muitas formas de família”, sendo mais adequado falar em famílias. As transformações sociais alteraram as formas anteriores de casamento, bem como da formação de núcleos familiares.

É neste sentido que vão as palavras de Paiano (2017, p. 8) ao analisar o direito de família no contexto atual, a autora afirma que a doutrina aponta que “família é um conceito histórico, não preciso em sua extensão [...]. É um conceito flexível, que sofre influência por conta da realidade fática da vida das pessoas”.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, no capítulo que trata sobre a instituição familiar, o princípio do pluralismo familiar. Para Viegas e Poli (2015, p. 57) “a Constituição criou um novo conceito de entidade familiar, albergando outros vínculos afetivos”. Colocando, portanto, o afeto como elemento constituidor da entidade familiar. No entanto, apesar da previsão constitucional, não se vislumbrou as várias possibilidades de formação familiar, como as homoafetivas, mas em especial para este estudo, as poliafetivas.

Ao explicar o poliamor, base de formação de núcleos familiares poliafetivos, Viegas e Poli (2015, p. 67) afirmam que o poliamor “encontra resistência pelo fato de o núcleo central ser formado por mais de duas pessoas, com ou sem diversidade de gênero”. É possível ainda valer-se da proibição legal referente à bigamia no Brasil, que consiste na realização de novo casamento, mesmo já sendo casado.

Porém, o poliamor não se confunde com a bigamia ou poligamia, que seria a situação de mais de um casamento paralelamente. De acordo com Viegas e Poli (2015, p. 86) “na poligamia, no seu sentido clássico, tem-se a permissão para que uma pessoa se case, de forma subsequente, com vários indivíduos, enquanto que no poliamor, tem-se uma única união civil composta de vários membros, todos com o mesmo objetivo da busca da felicidade comum”.

O caso emblemático dessas novas formações familiares ocorreu em Tupã, ocasião em que um homem e duas mulheres, que já conviviam juntos na mesma casa por volta de três anos, lavraram uma escritura pública para oficializar sua união estável<sup>3</sup>. Após a oficialização da união, outras famílias buscaram o mesmo reconhecimento jurídico, havendo pelo menos oito outras oficializações no país em 2016<sup>4</sup>.

Observa-se, portanto a ocorrência fática dessas situações e a necessidade do direito reconhecer os efeitos jurídicos que dessas situações possam decorrer. Neste sentido, Viegas e Poli (2015, p. 93) apontam que “[...] uma vez notória a existência de famílias poliamoristas, cabe ao direito regulamentar seus efeitos jurídicos, principalmente, quando sobrevêm dela filhos e aquisições de patrimônio”.

Diante dessas novas configurações familiares com as quais a sociedade contemporânea está se deparando, bem como a colocação do afeto como núcleo definidor da família, Viegas e Poli (2015, p. 95) afirmam que “[...] descabe negar proteção jurídica às famílias provenientes do poliamor, sob pena de violação a dignidade dos seus membros e dos filhos que porventura existentes”. Essa exclusão pode repercutir na exclusão dos direitos que esses filhos tenham no âmbito do direito de família bem como no âmbito dos direitos das sucessões.

A partir destes exemplos, é possível verificar a possibilidade da produção de efeitos jurídicos de situações que não possuem previsão legal. Questões referentes à guarda, à divisão de bens, à sucessão, à herança podem e são afetadas diretamente por essas novas configurações familiares. Em relação a essa liberdade, Giddens (2012, p. 276) afirma que “devemos tentar conciliar as liberdades individuais que a maioria das pessoas passou a valorizar em suas vidas pessoais com a necessidade de formar relações estáveis e duradouras com outras pessoas”.

Independente, portanto a forma como essas relações são estruturadas, pois a decisão acerca da estrutura familiar a ser adotada para cada indivíduo configura como

---

<sup>3</sup> A matéria a respeito da questão pode ser acessada no link:  
<<http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>>

<sup>4</sup> A matéria sobre outro caso pode ser acessado no link:  
<<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1732932-casais-de-3-ou-mais-parceiros-obtem-uniao-com-papel-passado-no-brasil.shtml>>.

seu espaço de liberdade e decisão individual, sem que o Estado deva interferir, dizendo se este se configura ou não como entidade familiar. Mesmo não havendo previsão legal dessas situações, basta que elas ocorram para adentrem, mais cedo ou mais tarde, a esfera jurídica, produzindo efeitos jurídicos que devem ser reconhecidos pelo direito.

Cumpra enfatizar que na Colômbia, de acordo com matéria vinculada pelo O Globo<sup>5</sup>, recentemente, foi oficializado o casamento a três, formando-se a primeira família poliamorosa do país. Demonstrando como mais cedo ou mais tarde, os ordenamentos jurídicos, serão demandados a resolverem questões oriundas desses núcleos familiares.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pergunta inicialmente feita no presente estudo versava a respeito da possibilidade de produção de efeitos jurídicos por fatos da vida social que não possuíam previsão legal. Para tanto, buscou-se analisar os institutos do fato jurídico, relação jurídica e situação jurídica. Percebeu-se que a criação de um vínculo jurídico entre os indivíduos os coloca em uma relação jurídica, ou seja, relações da vida social que são disciplinadas pelo Direito, reconhecendo entre os indivíduos um dever e um direito, os coloca em uma relação jurídica, criando direitos objetivos e direitos subjetivos.

No entanto, verifica-se que é possível que situações sociais que possuem relevância jurídica não estejam previstas pelo direito. Dessa forma, não possuem um direito objetivo que acarreta um direito subjetivo. Essa situação se expressa na observação de que indivíduos, no exercício de suas liberdades, optam por formar famílias com base no poliamor. Diferentemente de poligamia ou bigamia, nos quais os indivíduos mantêm relacionamentos paralelos, nos núcleos familiares poliafetivos, os indivíduos formam um núcleo familiar entre si.

O ordenamento jurídico brasileiro, já reconhece como núcleo de formação familiar o afeto, e tem nele um de seus princípios fundamentais para a pluralidade

---

<sup>5</sup> A matéria pode ser acessada no link:  
<[https://oglobo.globo.com/sociedade/colombia-oficializa-casamento-entre-tres-pessoas-do-mesmo-sexo-21477279?utm\\_source=Facebook&utm\\_medium=Social&utm\\_campaign=O%20Globo](https://oglobo.globo.com/sociedade/colombia-oficializa-casamento-entre-tres-pessoas-do-mesmo-sexo-21477279?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_campaign=O%20Globo)>.

familiar. Observa-se o reconhecimento de que famílias podem se apresentar em diferentes configurações e que núcleos familiares poliafetivos estão presentes na realidade e encontram, em certa medida, aceitação social. Essa formação familiar, repercute, conforme é possível perceber, em várias áreas do direito, como o direito de família, sucessões, entre outros, apesar de não haver disciplina legal sobre este fenômeno social.

Percebe-se, portanto, que a noção clássica de direito objetivo e de direito subjetivo, não possui escopo suficiente para acomodar as novas demandas sociais. É possível se verificar que a produção de efeitos jurídicos em situações jurídicas que envolvem interesses juridicamente relevantes não possui disciplina legal. Deve, portanto, o ordenamento, regulamentar de alguma forma, essas situações já existentes no plano fático.

## REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 8. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. Fenomenologia jurídica e a intrínseca correlação com as situações jurídicas existências na conformação dos novos danos. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Minas Gerais, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 195-210.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Facto jurídico: em especial o negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 2003. (Teoria geral das relações jurídicas, 2).

BETTI, Emílio. **Teoria geral dos negócios jurídicos**. São Paulo: Servanda, 2008.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Famílias paralelas. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 199-219, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67983>>. Acesso em: 13 set. 2016.

LEISTER, Ana Carolina Corrêa da Costa; WANG, Daniel Wei Liang. Quando convém fazer um trabalho interdisciplinar e como devo fazê-lo?: exemplos de Direito e Economia. In: QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FERFEBAUM, Marina (coords.).

**Metodologia jurídica:** um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 191-209.

PAIANO, Daniela Braga. **A família atual e as espécies de filiação:** da possibilidade jurídica da multiparentalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. O reconhecimento da família poliafetiva no Brasil: uma análise à luz dos princípios da dignidade humana, autonomia privada, pluralismo familiar e isonomia. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direitos**, v. 7, n. 13, p. 54-99, set./dez. 2015.

## Capítulo 5

### **ADOÇÃO NAS UNIÕES HOMOAFETIVAS: representações sociais e interdisciplinaridade**

SAME-SEX ADOPTION: social representations and interdisciplinarity

*Ludmilla Santos de Barros Camilloto*<sup>1</sup>

*Margareth Diniz*<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Este ensaio busca apresentar a adoção nas uniões homoafetivas nas perspectivas jurídica e psicológica e se opor à utilização inadequada de argumentos pertencentes a outro campo epistemológico pelos operadores do Direito, a partir de uma metodologia que interrogue os preconceitos e julgamentos morais. Defende a necessidade da interdisciplinaridade entre Direito e Psicologia a fim de oferecer respostas mais coerentes a um fenômeno social que ainda anseia por solução legal, apesar do crescente reconhecimento por meio do Poder Judiciário. Na interdisciplinaridade há a complementação às teorias do Direito com vistas a possibilitar a diversidade na esfera social e promover a cidadania em seu sentido amplo. A fim de contrapor alguns dos argumentos contrários à adoção homoafetiva, neste trabalho se colaciona estudos realizados por especialistas que atestam a viabilidade desta modalidade de adoção, apontando para a inexistência de diferenças significativas em relação à adoção por casais heterossexuais no tocante à habilidade para a criação de filhos e ao desenvolvimento infantil. Por fim, o ensaio apresenta os resultados de uma pesquisa qualitativa que buscou apurar quais as Representações Sociais de universitários de Direito e Psicologia sobre a temática.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito no Programa Novos Direitos, Novos Sujeitos na Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Graduada em Direito e em Psicologia, com especialização em Direito Civil e MBA em Gestão de Pessoas. Bolsista UFOP e membro do Programa de Pesquisa/Extensão Caleidoscópio. E-mail: ludmillabcamilloto@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre e Doutora em Educação pela Universidade Federal de Minas Gerais, Psicanalista, Professora do Instituto de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal de Ouro Preto. Coordenadora do Programa de Pesquisa/Extensão Caleidoscópio. E-mail: dinizmargareth@gmail.com

**Palavras-chave:** Adoção homoafetiva. Interdisciplinaridade. Novos direitos. Representações sociais.

### **ABSTRACT**

This essay aims to present the same-sex adoption in the legal and psychological perspectives. It argues that the judicial perspective works with prejudice and moral judgments and the inadequacy of arguments in cases of same-sex adoption. It defends the necessity to integrate Law and Psychology as an interdisciplinary perspective in order to offer a coherent answer to a social phenomenon that still longs for legal solution, despite the growing recognition through the Judiciary. The interdisciplinarity brings to the theories of Law new perspective in order to make possible the diversity into the social sphere and to promote the citizenship in a broad sense. In order to oppose some arguments against same-sex adoption, this essay is based on studies carried out by specialists that claim the viability of this modality of adoption. Those studies also point out that there are no differences between the heterosexual adoption and same-sex adoption related to the ability to create a child and their development. Lastly, it presents the results of a qualitative research that sought to analyze the Social Representations of students of Law and Psychology about the subject.

**Keywords:** Same-sex adoption. Interdisciplinarity. New rights. Social representations.

## **1 INTRODUÇÃO**

A pretensão de se adotar uma criança é um dos temas que mais suscita controvérsias quando se fala em uniões homoafetivas e seus desdobramentos, por ser atravessada por indagações sobre as eventuais consequências dela advindas e estar imersa em mitos diversos. Este ensaio aborda a adoção homoafetiva nas perspectivas jurídica e psicológica, denunciando a utilização de argumentos de outro campo epistemológico por juristas de toda ordem e defendendo a necessidade da interdisciplinaridade entre estas duas áreas do saber a fim de oferecer respostas mais coerentes a um fenômeno social que ainda anseia por solução legal, em que pese abertura conferida judicialmente nos últimos anos. Com este intuito, colaciona estudos

realizados por profissionais da Psicologia que atestam a viabilidade desta modalidade de adoção.

Além disso, este ensaio tem ainda como objetivo relatar os resultados da pesquisa qualitativa realizada em um trabalho de dissertação sobre a possibilidade jurídica da adoção nas uniões homoafetivas avalizada por estudos realizados na área da Psicologia, a fim de se apurar quais as Representações Sociais de universitários de Direito e Psicologia sobre a temática<sup>3</sup>. Pretende, por fim, apresentar quais as tratativas jurídicas dispensadas ao tema no decurso dos últimos dez anos.

Em que pese o decurso do tempo e os avanços jurisprudenciais verificados entre a aludida dissertação e este artigo, o tema permanece atual, o debate relevante e as conclusões inalteradas tendo em vista que ainda não existe legislação específica que regulamente a questão, cabendo ao Poder Judiciário a atuação efetiva e contramajoritária frente à insistente inércia do Poder Legislativo. O efeito colateral desta reiterada omissão da maioria no Congresso Nacional em reconhecer tais direitos é o aumento da judicialização da vida privada e de “adoções” realizadas sem proteção jurídica<sup>4</sup>.

Deste modo, o Direito tem sido revisitado à luz da pluralidade e diversidade a fim de dar conta de responder às demandas de uma sociedade hipercomplexa. Apesar da abertura observada, das transformações sociais radicais e do reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares pelo Supremo Tribunal Federal em 2011<sup>5</sup>, na inédita e festejada decisão na ADPF 132 e ADI 4277, uma parcela da

---

<sup>3</sup> Pesquisa realizada para conclusão da pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil e Processual Civil, em 2007, pela primeira autora deste artigo, com dissertação intitulada “Adoção nas uniões homoafetivas: uma abordagem interdisciplinar do Direito e da Psicologia”.

<sup>4</sup> Embora este trabalho se refira apenas às adoções realizadas de forma legal, existem também aquelas realizadas informalmente, quando somente se formam laços afetivos e não jurídicos entre pais e filhos. No Brasil, é comum que casais “recebam” uma criança não desejada pelos pais biológicos, ou institucionalizada, para criar e educar. Outra forma de adoção é a conhecida como “adoção à brasileira”, quando uma pessoa registra como filho biológico o filho de outra pessoa o que, todavia, trata-se de crime de falsidade ideológica (ZAMBRANO, 2006).

<sup>5</sup> Em 2011 o STF, decidindo a ADPF 132 e ADI 4277, foi instado a se manifestar sobre a questão do reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como uniões estáveis e, de forma unânime, procedeu a uma “interpretação conforme a Constituição” segundo a qual o art. 1723 do Código Civil, ao falar sobre uniões estáveis, deveria considerar não apenas as formadas por homens e mulheres, mas também as formadas por pessoas do mesmo sexo que cumprissem os mesmos requisitos daquelas (ostensivas, duradouras e com objetivo de

sociedade ainda se mostra refratária e com injustificável preconceito às uniões homoafetivas, sobretudo à adoção realizada conjuntamente<sup>6</sup>, revelando temor de que crianças educadas por casais homoafetivos sejam influenciadas a terem uma orientação sexual semelhante, que venham a desenvolver algum tipo de transtorno psíquico, que sofram represálias na escola e outros ambientes sociais, dentre outros argumentos<sup>7</sup>. Apesar da favorabilidade de alguns tribunais, não é raro vermos juristas de toda sorte manifestarem-se contrariamente a esta modalidade de adoção.

Tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei que dispõem especificamente sobre a adoção conjunta por casais homoafetivos. A favor, por

---

constituir família). Dessa forma, se afirmou nos votos o papel contramajoritário do STF, uma vez que, diante da omissão reiterada da maioria no Congresso em reconhecer tais direitos, o Tribunal aplicou a Constituição, quando esta veda a discriminação (art. 3º, IV), garante a igualdade (art. 5º, caput) e prevê que os direitos e garantias previstos não excluem outros que podem ser acrescidos inclusive por interpretação (art. 5º, §2º) (BAHIA, VECCHIATTI, 2013). Acrescente-se que em 2013, na Resolução n. 175, o Conselho Nacional de Justiça dispôs sobre a permissão para habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo.

<sup>6</sup> Importa esclarecer que a adoção de que se trata este artigo é apenas uma das formas de exercer a homoparentalidade, mas não a única, diante dos grandes avanços biotecnológicos noticiados. A escolha do projeto parental e de seu planejamento familiar é do próprio casal e deve ser respeitada em consonância com o princípio da dignidade.

<sup>7</sup> Interessante ilustrar a opinião pública por meio de comentários feitos aos Projetos de Lei em um site específico para este tipo de manifestação, o que nos fornece indícios sobre a Representação Social desse tema na sociedade brasileira. Vide comentários de cidadãos sobre o projeto de lei que possibilita a adoção homoafetiva: “Isso é um absurdo se homossexual quiserem filhos que se casem de acordo com a normalidade e tenham seus. Eu só sou a favor se o casal for homem e mulher pois toda criança merece e tem o direito de ter pai e mãe” (sic); “Acho que toda criança tem o direito de ter o futuro hétero garantido por lei, inclusive o direito de ter filhos de forma natural, compor família, ser pai e mãe consanguíneos, ser avós, comemorar as datas festivas com sua prole, ter uma árvore genealógica,... esses são os direitos que devemos garantir as nossas crianças, sugiro que elaborem leis que garantam esse mecanismo a todos os jovens no futuro e se por opção sexual eles querem outros gêneros de relacionamento, então o problema seria exclusivamente deles, mas não de toda sociedade”; “Se você é estéril e é casado com alguém do sexo oposto, claro que tem o direito de adotar um filho. Normal!!!!. Agora duas pessoas do mesmo sexo, seria uma péssima má influência para a criança que não tem culpa de sua doença” (sic). O Votenaweb se define como um site de engajamento cívico apartidário que apresenta os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. Qualquer pessoa pode votar contra ou a favor das propostas e dar a sua opinião. Segundo informações do *site*, os resultados das manifestações são levados ao conhecimento do Congresso. Para corroborar a ideia aqui defendida de que as pessoas contrárias à adoção homoafetiva utilizam de argumentos desprovidos de fundamento científico e se valem de argumentos de outras naturezas, colocamos apenas opiniões contrárias à adoção. Apesar disso, importante dizer que a maioria dos “votantes” do *site* se mostra favorável a este tipo de adoção. Disponível em: <<http://www.votenaweb.com.br/projetos/plc-2153-2011>>.

exemplo, há o PL 2153/2011 que propõe alteração no § 2º do art. 42 da Lei n. 8.069/90, para permitir a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos. Como exemplos de projetos de lei contrários à adoção homoafetiva, vale citar o PL 7018/2010 que propõe a proibição expressa à adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo, e o PL 1865/2011 que propõe a regulamentação do art. 226, §3º da Constituição Federal, para proibir o casamento civil e o casamento religioso entre pessoas do mesmo sexo, anulando todas as uniões civis já realizadas entre homossexuais, além de proibir a adoção de crianças por casais de mesmo sexo.

Inicialmente, o caminho percorrido pelo casal homoafetivo que desejava ter filhos por meio de adoção, era o do pleito por apenas um dos integrantes do casal, como pessoa solteira (geralmente sem revelar a sua orientação sexual), uma vez que não há impedimento legal para a adoção unilateral<sup>8</sup>. O grande problema dessa alternativa é que a criança fica desprotegida juridicamente em relação ao pai ou mãe que não o adotou formalmente, restando impossibilitada de gozar de direitos como se filho fosse. Apesar do vínculo afetivo estabelecido, não haverá vínculo jurídico entre eles, deixando o filho em situação de vulnerabilidade e acarretando uma série de dificuldades ou prejuízos para a criança como, por exemplo, não se beneficiar dos direitos sucessórios sem que haja testamento, não ter o nome de ambos os pais/mães em sua certidão de nascimento, dificuldade para estabelecer benefícios previdenciários, dependência em planos de saúde e outros benefícios empresariais para dependentes do empregado, dentre outros prejuízos<sup>9</sup>.

Mesmo diante dessas desvantagens, mas por um agir estratégico, dois casais homoafetivos resolveram que somente uma/um se habilitaria para a adoção e posteriormente a(o) outra(o), na condição de companheira(o) da(o) primeira(o) adotante e mãe (ou pai) de fato da criança, faria o pedido de extensão da adoção judicialmente. Assim, em 2005 e 2006, estes dois casais conseguiram um feito inédito até então no país: serem ambas(os) as(os) companheiras(os), ainda que em momentos distintos,

---

<sup>8</sup> Em conformidade com o art. 42 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8069/90.

<sup>9</sup> Óbvio que nessa situação poderia ser pleiteada judicialmente a maternidade ou paternidade socioafetiva, mas não sem dispêndio de tempo e recursos e desgaste emocional.

reconhecidas(os) legalmente como mães (ou pais) das crianças, constando seus nomes, conjuntamente, na certidão de nascimento de seus filhos.

Embora naquela época decisões dessa ordem não fossem comuns, essas sentenças abriram um caminho para que outros casais pudessem ver realizado o sonho de terem filhos conjuntamente. Estas decisões apontavam para a viabilidade da adoção por um casal do mesmo sexo, que apresentasse estabilidade, ostensibilidade e traços afetivos sólidos, caracterizadores de uma família (SILVA JÚNIOR, 2006). Hoje, após a mencionada decisão de 2011 do STF, Vecchiatti (2008) advoga no sentido de que a união homoafetiva foi reconhecida como entidade familiar autônoma com igualdade de direitos relativamente à união estável heteroafetiva e que esse reconhecimento gera, por consequência lógica, o reconhecimento do direito de adoção por casais homoafetivos que atendam aos requisitos legais da união estável, uma vez que este é um direito legalmente reconhecido a casais heteroafetivos em união estável.

A primeira decisão que concedeu a adoção a um casal homoafetivo se deu na cidade de Catanduva/SP, em 2005, quando Júnior e Vasco se tornaram pais de Theodora, com cinco anos na época, sendo ela a primeira criança brasileira adotada oficialmente por dois homens<sup>10</sup>. Na certidão de nascimento constam os nomes dos pais e dos avós, apenas com a especificação “filha de”. Após sete anos, o casal adotou Helena, coincidentemente irmã biológica de Theodora. Desta vez, entretanto, a adoção foi realizada de forma conjunta pelo casal, o que demonstra a abertura que o Judiciário foi conferindo às novas configurações familiares<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2011/10/21/theodora-e-seus-dois-pais/>>. Os nomes das pessoas envolvidas nesse caso serão mencionados por terem sido amplamente divulgados em matérias, noticiários e entrevistas concedidas publicamente pela família. Devido ao não acolhimento pelo Poder Judiciário da pretensão de adotar uma criança conjuntamente no ano de 1998, somente Vasco se habilitou para a adoção, e como solteiro conseguiu realizar o sonho de ser pai. Posteriormente, Júnior pleiteou judicialmente que a adoção da menina lhe fosse estendida, conseguindo a procedência do seu pedido. O Ministério Público se manifestou contrariamente ao pedido, alegando que não existia previsão legal para dois homens registrarem uma criança como filha legítima. Ainda assim, a adoção foi concedida após todo o trâmite necessário para a averiguação da capacidade e da idoneidade do futuro pai, passando pela avaliação dos psicólogos e assistentes sociais.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2012/12/casal-gay-adota-2-filha-e-descobre-que-ela-e-irma-biologica-da-primeira.html>>.

Em 2006, na segunda decisão desta natureza que se teve notícia no país, na comarca de Bagé/RS, foi estendida a adoção à companheira da mãe adotiva de duas crianças<sup>12</sup>. A decisão se baseou em estudos especializados que não indicavam qualquer inconveniente em que crianças fossem adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeava o meio familiar em que seriam inseridas.

Diante do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual<sup>13</sup>, em 2010 o caso das mães de Bagé culminou na primeira decisão favorável à adoção por um casal homoafetivo por um Tribunal Superior – Superior Tribunal de Justiça – no REsp. n. 889.852. Em suma, a decisão foi baseada nas transformações sociais, nas reais vantagens para o adotando, em estudos especializados que indicavam a viabilidade da adoção homoafetiva, no relatório da assistente social favorável ao pedido da requerente ante a constatação da estabilidade da família e nos vínculos afetivos já estabelecidos entre mãe e filhos.

Em 2015, no RE n. 846.102, foi a vez do Supremo Tribunal Federal – STF – reconhecer pela primeira vez o direito de um casal homoafetivo adotar uma criança, manifestando-se contrariamente à delimitação do sexo e da idade da criança a ser adotada por casal homoafetivo.

## **2 A NECESSIDADE DE UMA ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR**

Gisele Groeninga coloca a Interdisciplina como palavra de ordem em tempos de crise e acredita que sua realização expande infinitamente as possibilidades do conhecimento:

---

<sup>12</sup> Informações sobre a decisão retiradas da matéria “Justiça do RS confirma adoção por casal homossexual” publicada no site <http://www.noticias.terra.com.br>, no dia 06/04/2006, e do próprio acórdão (TJRS, Ap. 70013801592, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, Sétima Câmara Cível, Diário de Justiça, 12/04/2006).

<sup>13</sup> O MP, irresignado com a sentença que deferiu a adoção dos irmãos biológicos de 3 e 2 anos à companheira da mãe adotiva das crianças, interpôs Recurso Especial para o STJ. Sustentou, em suma, que: (1) há vedação legal (CC, art. 1622) ao deferimento de adoção a duas pessoas, salvo se forem casadas ou viverem em união estável; (2) é reconhecida como entidade familiar a união estável, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir família, entre homem e mulher; (3) nem as normas constitucionais nem as infraconstitucionais albergam o reconhecimento jurídico da união homossexual; (4) a adoção deve imitar a família biológica, inviabilizando a adoção por pares do mesmo sexo.

A Interdisciplina visa a inclusão do aporte do conhecimento de outras ciências para somar às epistemologias específicas a cada uma. Pensamos que um enfoque interdisciplinar possa trazer um novo olhar para questões ontológicas próprias de nosso tempo (GROENINGA, 2001, p. 12).

Sobretudo quando se trata de adoção homoafetiva a interdisciplinaridade é imperiosa. Não raramente, juristas de toda sorte e membros do Congresso Nacional se valem de conceitos específicos da Psicologia, popularizados no senso comum, para justificarem o seu posicionamento contrário à adoção homoafetiva. Talvez, inconscientemente, algumas pessoas utilizem tais argumentos para escamotearem seus próprios preconceitos. Não faltam posicionamentos categóricos de que crianças adotadas por casais que vivem em união homoafetiva sofrerão sérios transtornos psicológicos ou ainda que estas crianças, certamente, se tornarão homossexuais, como se isso fosse um problema em si mesmo.

Vale citar como exemplo desta apropriação o parecer de um promotor de justiça no Estado de São Paulo, em 2008, afirmando a impossibilidade da adoção por um casal constituído por uma mulher transexual e um homem cisgênero<sup>14</sup>. Embora a condição de transgeneridade se diferencie da homossexualidade, visto que Identidade de Gênero e Orientação Sexual não se confundem, o promotor se revelou contrário à adoção por casais homossexuais, demonstrando mais uma vez o desconhecimento sobre o tema<sup>15</sup>. Em entrevista concedida a um jornal da cidade de São José do Rio Preto, comarca de origem, o promotor afirmou que estaria zelando pelos interesses da criança e não dos adultos, uma vez que a criança tem de ter uma família convencional e ser criada por um pai e uma mãe. Acrescentou, ainda, que a criança precisava de pais adotivos que tivessem condições morais, sociais e psicológicas para criá-la, e que pelo fato desse casal ser “anormal”, não teria condições sociais para adotar uma criança (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA, 2008).

---

<sup>14</sup> Diz-se “cisgênero” quando há concordância da identidade de gênero percebida pela pessoa com o sexo biológico designado.

<sup>15</sup> Neste caso específico, inclusive, eles seriam um casal heterossexual, já que formado por uma mulher transgênera e um homem cisgênero.

Desta forma, é necessário o aporte da Psicologia<sup>16</sup> para responder aos questionamentos dos profissionais do Direito, a fim de que este possa dar respostas aos fatos sociais existentes sem regulamentação jurídica e de modo a não apresentar soluções baseadas no senso comum, preconceito ou ideologias. Haveria, assim, uma complementação às teorias do Direito (e não uma subordinação de uma área do conhecimento à outra, visto que são autônomas e independentes entre si) com vistas a possibilitar a diversidade na esfera social e promover a cidadania em seu sentido amplo.

Ampliar a representação que temos do que é o ser humano, buscando a interface com outras ciências, podendo pensar as questões da intersubjetividade, que é o que nos faz humanos, é ampliar o entendimento do Direito e dar efetivas condições para que ele seja a via por excelência do exercício da cidadania, da possibilidade de visibilidade e representatividade também dos excluídos, do diferente (GROENINGA, 2001, p. 12).

Além do mais, os profissionais da área da Psicologia serão chamados a intervir em processos de adoção, realizar avaliações psicológicas dos candidatos e emitir seus pareceres, sendo seu posicionamento de fundamental importância para balizar as decisões judiciais.

É preciso elucidar as razões psicossociais nas quais se fundam alguns juristas e legisladores para darem seus pareceres porque ingressam em outra área do saber que não dominam e fazem afirmações sem qualquer respaldo científico. Cite-se mais um exemplo de tal apropriação:

O que deve ser arguido neste momento é se um casal homossexual pode adotar. Não nos resta dúvida de quanto a ser negativa a resposta. Em primeiro lugar porque a lei expressamente o veda, em segundo lugar porque um casal homossexual não é um bom referencial para o menor adotado. Esta visão não decorre de nenhuma impressão preconceituosa sobre a qualidade ou moralidade das relações sexuais que os adotantes manteriam; decorre sim da constatação de que a conduta sexual do

---

<sup>16</sup> Neste trabalho a área da “Psicologia” é considerada de maneira abrangente, como Ciência. Todavia, faz-se necessário explicitar que pode ser mais adequado dizer “As Psicologia”, de forma a não unificar todas as abordagens como se fossem uma só (BOCK, 2001). A Ciência da Psicologia comporta vários eixos epistemológicos e cada qual vai tratar particularmente determinado assunto de acordo com o seu arcabouço teórico. Assim é que não podemos afirmar que a Psicanálise, o Behaviorismo (Perspectiva Comportamental), a Psicologia Cognitiva e a Fenomenologia, por exemplo, irão apresentar as mesmas respostas para a adoção homoafetiva.

adotante norteia o desenvolvimento da sexualidade do menor. A afirmativa de que a homossexualidade é uma opção, livremente manifesta por qualquer um, não pode ser levada em consideração, já que o adotante quer no papel de pai se for homem, quer no papel de mãe se for mulher, com certeza influenciará e condicionará no comportamento do adotado (BRITO, 2000, p. 55).

Em síntese, alguns dos argumentos utilizados para se negar a adoção por casais homoafetivos são: que a ausência dos dois sexos faria as crianças crescerem sem referências do masculino e do feminino, conduzindo a futuros transtornos psicológicos; que pelo convívio com pais homossexuais a criança, inexoravelmente, se tornaria homossexual futuramente; que neste tipo de adoção existiria um maior risco de abuso infantil; que os homossexuais não teriam capacidade e habilidade para serem bons pais ou boas mães, especialmente por serem pessoas anormais e libertinas; que o estilo de vida de um casal homossexual poderia influenciar moral e psicologicamente a criança adotada; que a criança enfrentaria grandes problemas de socialização; que a homossexualidade é uma doença (por vezes associada à uma propensão à criminalidade), o que acarretaria danos aos filhos.

Neste sentido, Maria Berenice Dias denuncia aqueles que se utilizam de argumentos completamente desarrazoados e falaciosos:

Como a homossexualidade sempre foi vista como uma perversão, uma aberração, os relacionamentos homossexuais ainda hoje são considerados instáveis e promíscuos, sem condições de abrigar um infante. Tanto não são vistos como uma família, que somente em escassos países é admitido o casamento de pessoas do mesmo sexo. No máximo, e isso em raros lugares, é reconhecida a união civil, sem, no entanto, ser permitida a adoção. As justificativas não podem ser mais descabidas, sem disfarçar a discriminação e o preconceito. A alegação mais comumente utilizada é de que uma criança, para desenvolver-se de maneira sadia, necessita de um modelo masculino e um feminino. Assim, precisa de um pai e de uma mãe, sob pena de comprometer sua identidade sexual e sofrer rejeição no ambiente escolar e no meio social. Essa assertiva não se sustenta, até porque sérios trabalhos, no campo da psicologia e da assistência social, negam a presença de sequelas no desenvolvimento saudável de quem foi criado por dois pais ou duas mães. Assim, de todo descabido que os operadores do direito invoquem questões não jurídicas para justificar seus preconceitos. Negam-se direitos com fundamentos de outras áreas do conhecimento, as quais não referendam tais conclusões (DIAS, 2010).

Este ensaio é respaldado em algumas pesquisas empíricas da Psicologia que atestam a plena viabilidade da adoção nas uniões homoafetivas e se mostram

favoráveis à adoção homoafetiva, afirmando a capacidade de pais homossexuais proporcionarem ambientes saudáveis e protetores aos seus filhos, cujo desenvolvimento é compatível ao de crianças criadas por casais heterossexuais em todos os sentidos (GONÇALVES; BRANDÃO, 2004)<sup>17</sup>.

Tais estudos investigaram temas como a saúde mental, o desenvolvimento psíquico, a preferência sexual, as habilidades parentais, as relações sociais, a estrutura familiar, a ausência de referenciais de ambos os sexos, as dificuldades relacionadas ao preconceito, entre outros (ZAMBRANO et al., 2006). A questão deve girar em torno da capacidade individual de educar um filho, seja o adotante heterossexual ou homossexual.

Com relação à maior tendência de filhos de pessoas homossexuais se tornarem também homossexuais, o estudo de Bailey et al. demonstra que mais de 91% dos filhos adultos de pais homossexuais entrevistados se definem como heterossexuais (ZAMBRANO, 2006). O argumento negativo à adoção de que a orientação sexual dos pais determina a de seus filhos, além de ter sido rechaçado nas pesquisas, é por si mesmo, preconceituoso.

Não se pretende defender que a adoção deva ter um caráter puramente filantrópico bem como não se compartilha de uma postura utilitarista frente ao assunto. Há quem diga: “melhor uma criança ser adotada por um casal homossexual do que viver em creches públicas, em condições sub-humanas, sem qualquer afeto”. Há também quem afirme que “é melhor a criança ser adotada por um casal *gay* do que viver nas ruas, transformando-se em bandidos”. De outro lado, há até mesmo quem diga, como uma estudante de Direito entrevistada na pesquisa, que não sabe o que é pior para a criança: permanecer indefinidamente em uma instituição ou ser adotada por um casal homossexual. Entretanto, é por demais precipitada e insuficiente a ideia de que é melhor ser adotado por um casal *gay* a qualquer custo, porque dependendo do casal, heterossexual ou não, é melhor que não tenham filhos. Seja como for,

---

<sup>17</sup> Zambrano (2006) compila em “Direito à Homoparentalidade: cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais”, vários estudos realizados por profissionais da Psicologia e Psiquiatria em todo o mundo acerca da homoparentalidade e todos os seus desdobramentos.

independente da orientação sexual ou identidade de gênero<sup>18</sup> dos adotantes, é imprescindível que reúnam condições emocionais, psicológicas, financeiras que os habilitem a receber em seu seio familiar o adotado, com a séria missão de educá-lo.

O estudo de Bigner *et al* demonstra que pais homossexuais são geralmente mais rigorosos, mais responsivos e tomam mais cuidado com a socialização das crianças. A hipótese para justificar este comportamento socialmente mais adequado dos pais homossexuais é a de que estes são mais pressionados a serem “bons pais”. Quanto à hipótese de que os filhos de pais homossexuais estejam expostos a um maior risco de abuso por parte dos pais, o estudo de Charlotte Peterson demonstra que a maioria dos abusos sexuais é cometida por homens heterossexuais (ZAMBRANO, 2006).

Quanto ao desenvolvimento psicossocial e psicosexual, em 1986 uma pesquisa acompanhou crianças criadas por mães lésbicas e por mães heterossexuais. Os resultados obtidos apontaram no sentido de não haver diferença entre os dois grupos quanto ao coeficiente de inteligência, concepção de si ou ajustamento social. O estudo aponta ainda que não há qualquer evidência de conflito na identidade de gênero e nenhuma psicopatologia relacionada à orientação sexual das mães lésbicas (ZAMBRANO, 2006).

A respeito do desenvolvimento psíquico, investigações sobre o processo de individualização, o desenvolvimento da personalidade, a concepção de *self*, julgamento moral e inteligência apontam para a inexistência de diferenças consideráveis no desenvolvimento de crianças filhas de pais homossexuais e heterossexuais (ZAMBRANO, 2006).

Embora a estigmatização das famílias homoparentais possa trazer problemas para a relação da família com o mundo exterior, as pesquisas realizadas dizem que essas famílias desenvolvem seus próprios mecanismos de enfrentamento. Zambrano (2006) aconselha que as famílias que enfrentam esta situação procurem redes de apoio e compartilhamento de experiências. Nesse mesmo sentido, no que diz respeito ao reconhecimento social, um estudo de Amanda Zauli trazido por Uziel *et al.* (2014),

---

<sup>18</sup> A identidade de gênero está ligada à forma como a pessoa se vê e como quer ser vista em relação à sua identidade social (ATKINSON, 2002, p. 390).

revela que o reconhecimento jurídico não é suficiente, por si só, para evitar o isolamento e a discriminação, sendo necessário que estas famílias se valham de ações de sensibilização em outros espaços, como as escolas, de grupos de apoio. Uma consequência desta estigmatização das famílias homoafetivas é apontada pela Associação Americana de Psicologia: o preconceito e a discriminação por parte de outras crianças propiciam um maior aprendizado e superação de dificuldades pelas crianças filhas de casais homossexuais (ZAMBRANO, 2006).

De forma geral, as pesquisas compiladas apontam em uma mesma direção, qual seja, a inexistência de diferenças significativas em relação à habilidade para a criação de filhos e à capacidade tanto de pessoas heterossexuais como de homossexuais de serem bons pais. Demonstram, ainda, não haver diferenças consideráveis entre o desenvolvimento de crianças criadas em lares homossexuais e crianças provenientes de famílias heterossexuais.

Não restam dúvidas de que o mais importante no tocante à adoção é averiguar a condição e disponibilidade do ser humano em dar afeto e amor. Faz-se necessário analisar caso por caso, pois nesse assunto não são permitidas generalizações. No fim das contas, o que faz mal a uma criança é muito simples: falta de cuidado, de amor e de limites.

### **3 AS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS DE ESTUDANTES DE DIREITO E PSICOLOGIA**

A pesquisa qualitativa realizada pretendeu apresentar as perspectivas de dois ramos profissionais específicos – Direito e Psicologia - que lidam diretamente com a temática e quais as representações sociais de cada grupo<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> A amostra escolhida foi a de estudantes de Direito e Psicologia que, na ocasião da pesquisa realizada em 2007, estivessem cursando o último período da graduação pelo fato de estarem prestes a exercerem a profissão e terem a possibilidade de se deparar com casais homoafetivos que desejavam adotar, além de já terem cursado praticamente todas as disciplinas oferecidas pelos cursos. Estes profissionais poderiam ser chamados a atuar em processos judiciais com pedido de adoção, seja na qualidade de patronos da causa, de juízes ou promotores, de peritos ou de pareceristas. Foram entrevistados oito alunos da Universidade FUMEC, na cidade de Belo Horizonte, sendo quatro entrevistados de cada curso, dos turnos matutino e noturno. Para uma pesquisa qualitativa, com os objetivos propostos, não era necessário que se tivesse uma grande amostra da população, sendo suficiente para o conhecimento das Representações Sociais a amostra selecionada. Ressalte-se que foram observados os princípios éticos da pesquisa como o consentimento informado e direito ao sigilo.

Sobre as Representações Sociais, Serge Moscovici resgata o conceito de Representações Coletivas de Durkheim, que as definia como “categorias de pensamento através dos quais determinada sociedade elaborava e expressava a realidade” (SCHFFER, 2001, p. 11). Denise Jodelet (2001 apud SCHFFER, 2001, p. 14) define Representações Sociais como “uma forma de conhecimento, socialmente elaborada e partilhada, tendo uma visão prática e concorrendo para a construção de uma realidade comum a um conjunto social”. Embora não se confunda com opiniões, imagens e atitudes, o conceito de Representações Sociais os engloba. Em suma, Representações Sociais “são a forma como os homens interpretam a realidade, ou seja, a concepção que os homens fazem dela” (SCHFFER, 2001, p. 16). E o que se pretendeu na pesquisa foi saber como os estudantes entrevistados interpretavam o fenômeno da adoção por casais homoafetivos e o que pode ter contribuído para que construíssem sua visão acerca deste fenômeno.

Indagados se viam alguma diferença se o casal que pretendesse a adoção fosse formado por lésbicas ou gays, uma estudante de Psicologia esclareceu que o que importa não é a diferença anatômica e sim a função masculina e feminina dentro da relação, utilizando a expressão “o falo circula”, de forma que um indivíduo deve exercer a função paterna e o outro a função materna, independente do seu gênero, para haver uma organização e a construção do sujeito. Uma estudante de Direito considerou que apesar das dificuldades, entende que um casal de lésbicas seria mais adequado, pois a figura da mãe é muito forte na sociedade podendo permitir uma melhor aceitação social. Uma terceira entrevistada, também do Direito, sustentou que “a mulher tem muito mais capacidade de educar melhor, principalmente de dar carinho ao filho”, reafirmando o imaginário social de que o papel de cuidar dos filhos cabe à mulher.

Com relação à necessidade de uma lei específica que disponha sobre o assunto, um aluno de Psicologia disse acreditar que a legislação não acabaria com o preconceito em si e de qualquer forma a situação se “arrastaria” até a sociedade aceitar as adoções em uniões homoafetivas. Sua opinião era a de que o reconhecimento social independe do reconhecimento jurídico. Uma estudante de Direito disse que mesmo que demore, e atribuiu à força da religião para este entrave, a abertura jurisprudencial e dos movimentos sociais farão com que futuramente esta proteção à família ocorra. Sua

colega de curso considerou que o Legislativo reflete o pensamento da sociedade, e que esta é extremamente conservadora e preconceituosa.

Sobre a ideia de desencadeamento de algum tipo de transtorno psíquico advindo da criação por um casal homoafetivo, uma estudante de Psicologia disse acreditar que não, pois a família bem organizada já teria construído o sujeito; e outra completou: “depende de como a criança faz a passagem pelo Complexo de Édipo, pela castração”. Contudo, discordando, comentou um futuro psicólogo que na adolescência é comum acontecer atos de rebeldia e julgou ser difícil prever se este jovem teria conflitos com quem o criou.

Questionados quanto aos critérios que utilizariam para avaliar a possibilidade de uma adoção homoafetiva no caso concreto, um estudante de Direito frisou que deveria avaliar o desejo do sujeito, dizendo que a ideia deveria ser gestada, ou seja, não deveria ser uma decisão instantânea e exibicionista, devendo ser planejada e em médio prazo. A união homoafetiva em questão deveria ser avaliada, inclusive economicamente, para que o casal tivesse condições de dar uma boa educação à criança. Uma formanda de Direito, falou em afetividade, amor, bem querer, mas acrescentando a função do Estado em exercer controles. A seu ver, o Estado deveria fazer uma análise criteriosa da condição dos candidatos a adotante, a mesma para o casal heterossexual. O casal deveria, portanto, gozar de estabilidade e equilíbrio emocional.

Com relação à religião a qual pertenciam, alguns afirmaram ter recebido influências na formação de sua opinião sobre o tema. Uma futura psicóloga se disse católica não-praticante, assim como a maioria dos entrevistados, e acredita que a Igreja se distancia dos problemas da vida contemporânea. Uma estudante de Direito, anglicana, mas com formação católica, garantiu que não havia nenhuma orientação própria da sua Igreja sobre como pensar esse assunto, e lembrou que há casos entre religiosos de homossexualidade. Uma estudante de Psicologia, que disse ser católica, afirmou que a religião pode ter influenciado sua opinião, pois para ela, a Igreja criou o conceito de “família = homem + mulher”, com a finalidade única de procriação. E acrescentou: “Eu sou do interior, minha formação é católica e não adianta: não acho

isso normal”. Outra estudante de Psicologia, favorável à adoção homoafetiva, afirmou também ter formação católica, mas que sabia separar “o que não serve” para ela.

Um dos estudantes de Direito ressaltou o fato de que uma criança que vive em uma instituição, cresce sem um referencial familiar, sem “colo”, sem amor, e ainda com “prazo de validade” para adoção. Na sua opinião, os casais heterossexuais preferiam sistematicamente crianças recém-nascidas, brancas e sem irmãos.

Vale transcrever alguns fragmentos das entrevistas das duas estudantes que se mostraram contrárias à adoção homoafetiva:

Eu acho que não deve, eu acho é danoso para ela, eu acho que ela tem assim uma chance de ter distúrbios psicológicos. Porque não é normal uma criança ter um pai, dois pais ou duas mães. Ela tem um pai e uma mãe, uma mulher fazer papel de homem é... para a cabeça dela, para a formação dela, acho muito complicado, eu acho que é muito ruim, muito danoso, eu acho que acaba também aquele mito da família tradicional, que está muito em desuso a família tradicional, com esses grandes números de separações. Uma pessoa tem um pai, um padrasto, às vezes dois padrastos, enfim, ou fica com um pai e tem madrasta. Realmente a família está bastante desestruturada, mas ainda tem a figura de um homem e uma mulher; eu acho isso ainda importante, e o ideal seria a família tradicional mesmo. Eu penso que a pessoa deveria ser criada pelo o pai e pela mãe. (Estudante de Direito)

...

Sou contra. Acho que todo mundo tem que ter uma formação familiar baseada no homem e mulher. E se você não tiver essa base, a criança pode entrar em conflito ou ter algum tipo de sequela mais tarde. Por mais que o casal tente suprir essa necessidade da criança ter um pai e uma mãe eles nunca vão conseguir. Eu sou católica e acho que se Deus criou o homem e mulher é para que eles procriem e pronto. (Estudante de Psicologia)

As entrevistas foram realizadas com seis mulheres e dois homens. Como resultado quantitativo, apurou-se que seis pessoas se declararam a favor e duas contrárias à adoção conjunta por casais homossexuais, sendo uma do curso de Direito e outra da Psicologia, ambas mulheres.

De maneira geral, os entrevistados entendiam como uma adoção perfeitamente válida, embora a prática não pudesse ser associada a um caráter assistencial ou filantrópico, e que também não tivesse uma finalidade egoísta de apenas suprir as faltas subjetivas dos sujeitos adotantes. Entendiam que a validação legal poderia minimizar preconceitos, promover o desenvolvimento social e, principalmente, constituir famílias felizes. Salientaram também que se a adoção é um caminho para se

constituírem como família, toda a atenção deve ser dada aos candidatos a pais/mães, pois no ato da adoção estão implicadas razões subjetivas. Defenderam a necessidade de haver um acompanhamento psicológico adequado, com uma escuta sensível e sensata por parte do profissional.

A maioria dos estudantes de Psicologia valorizou em sua representação social o aspecto da organização familiar que ocorre a partir da relação parental, assim como as atitudes e a compreensão dos pais em relação às suas dinâmicas psicológicas, que são de fundamental valor para fortalecer emocionalmente o ser humano em construção. Os estudantes de Direito, em sua representação social, mesmo cientes dos aspectos legais ainda não regulamentados (ou que dependem de decisões mais progressistas na interpretação das leis), mostraram ter convicção da necessidade do trabalho do psicólogo na adaptação e equilíbrio emocional desta nova família.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado à luz de uma hermenêutica constitucional que pressupõe a existência de um pluralismo jurídico que deve nortear as compreensões acerca do fenômeno jurídico na sua totalidade. A realidade social é rica e complexa e cabe ao operador do Direito, por sua vez, trabalhar com os elementos dessa realidade social dentro de uma esfera de normatividade jurídica. Partindo-se, então, dos princípios constitucionais da igualdade e respeito às diferenças, dignidade da pessoa humana e da liberdade individual, não há alternativa a seguir senão a de que o ordenamento jurídico autoriza a adoção por casais que integrem uma união homoafetiva. Dentro do referencial teórico adotado e da hermenêutica constitucional, tendo como paradigma o Estado Democrático de Direito, o resultado dessa ponderação de princípios, somado aos estudos realizados pela Psicologia e às recentes decisões dos Tribunais Superiores acerca das uniões homoafetivas, é que se defende a viabilidade da adoção por casais homoafetivos, nas perspectivas psicológica e jurídica, apesar da insistente omissão legal nesse sentido.

Como exposto, a aceitação da adoção por casais homoafetivos é na maior parte das vezes negada ou por fundamentos morais e religiosos (o que demonstra grande carga de preconceito e discriminação), ou por argumentos baseados no senso comum de que a adoção ocasionaria transtornos psicológicos à criança, influenciaria a sua

orientação sexual e causaria sérios problemas de adaptação social (argumentos amplamente refutados pelos estudos científicos realizados pela Psicologia), ou ainda por argumentos de impossibilidade jurídica frente à omissão legal (todavia inadequados à luz de uma hermenêutica constitucional). Tais argumentos se mostraram falaciosos e desarrazoados.

Conclui-se, portanto, que na análise desse tema, a interdisciplinaridade é palavra de ordem. Fica a recomendação de que os profissionais do Direito e da Psicologia, e a sociedade de uma forma geral, tenham sempre em mente que a orientação sexual de um casal não condiciona a sua afetividade e empenho para transmitir a uma pessoa em formação os valores, referências, limites, e tudo mais que é necessário ao seu pleno desenvolvimento. Impossibilidade jurídica, distúrbios psicológicos ou preconceito? Parece não restar dúvida em afirmar que somente o preconceito justifica a negação da adoção nas uniões homoafetivas.

## REFERÊNCIAS

ATKINSON, Rita et al. **Introdução à Psicologia de Hilgard**. 13. ed. Porto Alegre: Artmed, 2002.

BAHIA, Alexandre; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 65-92, jun. 2013.

BOCK, Ana Mercês Bahia et al. **Psicologias: uma introdução ao estudo da psicologia**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRITO, Fernanda de Almeida. **União afetiva entre homossexuais e seus aspectos jurídicos**. São Paulo: LTr, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **O direito a um lar**. 1 nov. 2010. Disponível em: <[http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/\(cod2\\_694\)7\\_\\_o\\_direito\\_a\\_um\\_lar.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/manager/arq/(cod2_694)7__o_direito_a_um_lar.pdf)>. Acesso em: 11 mar 2011.

GONÇALVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte. **Psicologia jurídica no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2004.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Um aporte interdisciplinar ao Direito de Família**. [S.l.: s.n.], 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/public/artigos.aspx?codigo1>>. Acesso em: 21 ago. 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA. **Transexual perdeu guarda de bebê.** 11 jan. 2008. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/namidia/2100/G1+-+Transexual+perdeu+guarda+de+beb%C3%AA>>. Acesso em: 10 out. 2017.

SCHFFER, Carmen Cristina Rodrigues. Matriz Conceitual de Representações Sociais. **Revista Oficina**, Belo Horizonte, ano 7, n. 14, p. 10-17, fev. 2001.

SILVA JÚNIOR, Enésio de Deus da. **Decisões judiciais inéditas viabilizam adoções por casais homossexuais no Brasil.** Disponível em : <<http://www.redepsi.com.br/portal/modules>>. Acesso em: 22 mar. 2007.

UZIEL, Ana Paula et al. Lesboparentalidade, e as novas tecnologias reprodutivas: entre o gen, o jurídico, o sangue e o afeto. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Diversidade sexual e direito homoafetivo.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VECCHIATTI, Paulo R. Iotti. **Manual da homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades impensáveis: pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v.12, n.26, jul./dez. 2006.

ZAMBRANO, Elizabeth et al. **O direito à homoparentalidade:** cartilha sobre as famílias constituídas por pais homossexuais. Porto Alegre: Instituto de acesso à Justiça, 2006.

## Capítulo 6

### **DIREITOS HUMANOS, SERVIÇO SOCIAL E QUESTÃO RACIAL: o que os une e os separa?**

HUMAN RIGHTS, SOCIAL SERVICE AND RACIAL QUESTION: what unites and separates them?

*Maria Luisa da Costa Fogari<sup>1</sup>*

#### **RESUMO**

Este estudo terá como propósito central analisar os direitos humanos segundo a égide do Serviço Social contemporâneo, levando-se em consideração os afro-brasileiros que ainda vivem em situação de negligência e vulnerabilidade. Para tal, utilizamos da revisão bibliográfica, a partir de uma das considerações de Fogari (2016) de que os usuários negros e assistentes sociais pouco conhecem sobre os espaços de controle social, fazendo com que a temática racial, junte-se à questão de gênero e direitos humanos. Adjunto a isso, mediante as reportagens e acompanhamentos as principais ocorrências de discriminação às minorias raciais brasileiras nos últimos anos, julgamos necessário a divulgação deste estudo. Desse modo, questionamos: onde estão os negros? Voltaram para a senzala, a serem propriedade da elite no poder que os comandavam nas casas-grandes? Conservadorismo? Retrocesso? Enfim: Onde estão os afro-brasileiros nessa travessia? É um contrassenso, mas, perdeu-se ainda, em 2015, a Secretaria Nacional de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), que foi agregada ao Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (MMIRDH) e, atualmente está inserida ao Ministério da Justiça e da Cidadania<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Assistente Social – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Doutora pela UNESP/Campus de Franca. Santa Rita do Passa Quatro-SP – Brasil – luisafogari@terra.com.br.

<sup>2</sup> “De acordo com o artigo 29 da MP, inciso XIV, o Ministério da Justiça e da Cidadania será composto pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; Secretaria Especial de Direitos Humanos e Secretaria Nacional de Juventude, além daquelas que contemplarão as atribuições do extinto Ministério da Justiça.” (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, 2016).

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Serviço Social. Questão racial.

### **ABSTRACT**

The purpose of this study will be to analyze human rights, according to the aegis of contemporary Social Service, taking into consideration the Afro-Brazilians, who still live in a situation of negligence and vulnerability. To do this, we use the bibliographical review, based on one of the considerations of Fogari (2016) that black users and social workers know little about social control spaces, making the racial theme join the gender issue, and human rights. Attached to this, through the reports and follow-ups to the main events Brazilian minorities in recent years, we deem it necessary to write this study. In this way, we ask ourselves: where are the blacks? Did they return to the slave quarters, to be owned by the ruling elite, who commanded them in the big houses? Conservatism? Retreat? Anyway: Where are the Afro-Brazilians in this crossing? The National Secretariat for Racial Equality Promotion Policies (SEPPIR), which has been added to the Ministry of Women, Racial Equality and Human Rights (MMIRDH), and is currently part of the Ministry of Justice and Citizenship.

**Keywords:** Human rights. Social Service. Racial issue.

**Sorriso Negro<sup>3</sup>**

(autores -**Jorge Portela e Adilson Barbado**)

Um sorriso negro, um abraço negro

Traz....felicidade

Negro sem emprego, fica sem sossego

Negro é a raiz da liberdade

Negro é uma cor de respeito

Negro é inspiração

Negro é silêncio, é luto

negro é... a solidão

Negro que já foi escravo

Negro é a voz da verdade

Negro é destino é amor

Negro também é saudade. (um sorriso negro !)

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo terá como objetivo geral: analisar a questão racial, com base nos direitos humanos, segundo o projeto ético-político do assistente social. Mediante isso, fizemos um retrocesso na gênese dos direitos humanos a nível mundial, apontando a proposição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a importância da Revolução russa e da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovada em 1948.

---

<sup>3</sup> Essa música foi interpretada pela sambista, conhecida como Dona Ivone Lara. Ela, além de cantora, foi uma das primeiras assistentes sociais negras deste País. Essa informação é muito importante para o Serviço Social, que traz em seu projeto ético-político, a luta pela garantia dos direitos sociais, a eliminação de qualquer barreira impetrada pela diversidade e diferença. Desse modo, o estudo de Scheffer (2016), sobre essa artista, é de extrema valia para o movimento negro contemporâneo para desfazer visões estereotipadas dos afro-brasileiros, e, em si, do oferecimento das cotas de ações afirmativas no Brasil. Enfim, além de artista, Dona Ivone Lara, também comungava do nível superior, representando isso, como explicou a autora, uma forma de resistência, oriunda de uma mulher de origem humilde e negra.

As circunstâncias que redundam a situação dos afro-brasileiros muito instigam os movimentos sociais contemporâneos, porém, precisa avançar para campos de pesquisa até então pouco explorados, de modo especial, o Serviço Social. Todavia, após o acesso as reportagens sobre as principais mudanças, relacionadas a política de igualdade racial brasileira, nesses últimos dois anos, julgamos necessário a escrita desse estudo.

É notório destacar que em 2016 fomos acometidos com a notícia da extinção tanto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (MMIRDH)<sup>4</sup>. Essa “novidade” trouxe a princípio uma sensação de impotência e temor... E, para finalizar, agora em 2016, criou-se o Ministério da Justiça e Cidadania, para onde a SEPPIR foi transferida. Para terminar, questionamos: Onde estão os negros? Respondendo, sendo reconhecidos como pertencentes às ações direcionadas aos direitos humanos.

## **2 O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?**

Para iniciar-se essa discussão, que é muito instigante e necessária na contemporaneidade, apontar-se-á a etimologia das palavras: direitos humanos, como sendo: “[...] conjunto de direitos não-políticos como liberdade, igualdade, vida, etc., que tem os indivíduos independentemente de cor, raça, religião, sexo.” (BORBA, 2004, p. 442).

Contempla-se que os direitos humanos têm suas raízes fincadas no século XVIII, no fervor da Revolução Francesa, que segundo Hobsbawm (2004) teve repercussões de grande notoriedade para a população a nível mundial. Entretanto, dotada do viés social e político, tomou como lema três palavras que mudariam o curso da história: “Igualdade, Fraternidade e Liberdade”. Desse modo: “[...] A Revolução Francesa é um marco em todos os países. Suas repercussões, ao contrário daquelas da revolução americana, ocasionaram os levantes que levaram à libertação da América Latina depois de 1808 [...]” (HOBSBAWM, 2004, p. 85).

---

<sup>4</sup> A explicação de tais mudanças, encontram-se na reportagem do G1 (2017), momento em que a desembargadora aposentada Luislinda Valois assumiu o novo Ministério dos Direitos Humanos, sendo esse referente ao governo Temer.

Além disso, tem-se a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. “[...] este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios nobres, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária [...]” (HOBSBAWM, 2004, p. 91). A partir dessa frase e da leitura do livro “Era das Revoluções”, compreende-se que se tratava de “direitos” não igualitários, devido à predominância das diferenças dos homens diante das leis, representatividades, sendo que predominavam os ideais referentes à burguesia.

Diante do exposto, apresentar-se-á, o primeiro deles (igualdade), sendo esse considerado o que mais se aproxima da proposição dos direitos humanos. “Art.1.º Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum” (DECLARAÇÃO..., 2010).

Analisando, destaca-se que houve uma proposição, todavia, efetivamente na prática, os direitos não eram, e, nem são iguais e universais. Como uns nasciam livres das amarras, dos grilhões impostos pela economia, cultura e educação e, outros, foram subjugados à fome e à miséria, impostas por nações europeias, que se consideravam “civilizadas”? Sobre isso, na guisa do mesmo pensamento, Trindade (2013, p. 11) no prefácio “Os direitos humanos: para além do capital”, destaca:

Mesmo num balanço sucinto, não há como deixar de levar em conta fatos e procedimentos terríveis dos quais, nesses últimos dois séculos, parcelas imensas da humanidade foram ou continuam sendo protagonistas, seja como vítimas, seja como algozes [...].

Em prosseguimento, o autor revela que o mundo é acometido por vários episódios críticos, de crises que subjugaram os direitos “humanos”. Em explicação, segue expondo fatos, como as duas guerras mundiais, sendo a segunda marcada pelos genocídios de autoria dos nazistas, bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a opressão colonial europeia imposta aos africanos e asiáticos, as ditaduras, desempregos, o apartheid nos EUA e na África do Sul, etc.

É um mundo que entremeia entre várias contraposições, como: dor x alegria, fome x fartura, riqueza x miséria, liberdade x opressão, saúde x doenças, entre outras. Com base no que elencamos, reforçamos que escreveríamos folhas e folhas sobre as contradições imperantes na sociedade capitalista, orquestradas pelos ideais neoliberais. Nesse modelo econômico, as desigualdades sociais, econômicas, culturais

e educacionais são evidenciadas/escancaradas precisando ser amparada pelos direitos humanos.

Assim, sempre tivemos organizações, movimentos sociais, liderados pelos oprimidos pela classe social, etnia, religião e outros. Ora,

A Declaração dos direitos do povo trabalhador e explorado inaugurou uma ótica completamente nova na abordagem tradicional dos direitos humanos. Em vez da perspectiva individualista de um ser humano perfeitamente abstrato contida na Declaração francesa de 1789, a Declaração russa de 1918 elegeu como ponto de partida o ser humano concretamente (isto é, historicamente) existente, que vive em sociedade cujo modo de organização pode favorecer ou dificultar seu desenvolvimento pessoal. Em vez da sociedade hipoteticamente uniforme (isto é, juridicamente igualitária), dissolvida idealmente em cidadãos supostamente iguais, a Declaração russa partia do reconhecimento – evitado na Declaração francesa – de que a sociedade capitalista está cindida em classes sociais com interesses conflitantes ou irremediavelmente antagônicos [...] (TRINDADE, 2013, p.18-19).

Compreende-se que a Revolução russa traz em seu bojo reflexões sobre as condições sociais, econômicas e culturais da sociedade, que não era igual, como descrito na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Enfim, pontua-se que se tem uma realidade, redundada por várias desigualdades, que emergem em decorrência do modelo de produção e reprodução capitalista. Nesse ínterim, no caso do Brasil, deve se considerar o histórico de colonização, que permeia as relações sociais, por exemplo, a eminência de desigualdades originárias da hereditariedade étnica, aqui nesse estudo, representada pelos afro-brasileiros.

Retornando ao contexto histórico, ressaltamos que o mundo é tomado por conflitos, como a I Guerra Mundial, que mereceram outras intervenções por parte dos dirigentes das nações. Em atenção a tais crueldades, que geraram temor entre as nações,

[...] uma Assembléia Constituinte reunida na cidade de Weimar produzia uma Constituição que representou a tentativa de conciliação dos antagonismos sociais – reflexo do quase equilíbrio de forças entre a burguesia e o proletariado que emergia do colapso social causado na Alemanha pela Primeira Guerra Mundial [...] (TRINDADE, 2013, p. 19).

O contexto histórico que o autor citou acima serviu como pano de fundo para que se propusesse um órgão a nível mundial, para que “protegesse” e/ou estabelecesse regras a serem seguidas pelos países europeus. A proposição adveio das atrocidades e

banalização da vida, decorrente da Segunda Guerra Mundial, sob o comando de Adolf Hitler, em 1945 “[...] Inaugurou-se um processo que, apropriadamente, foi denominado de “reconstrução” dos direitos humanos. [...]” (TRINDADE, 2013, p. 20). Prosseguimos, segundo as leituras e explicações do mesmo autor que ensina que a união entre potências europeias e União Soviética, lançou em 1948 a Assembleia Geral da ONU, que:

[...] além de ser o primeiro documento de direitos humanos de âmbito internacional – inaugurado, portanto direito internacional dos direitos humanos – essa Declaração também fundou a concepção contemporânea dos direitos humanos, segundo a qual as suas várias dimensões (direitos civis e políticos, direitos econômicos, sociais e culturais etc.) configuraram uma unidade universal, individual, independente e inter-relacionada (TRINDADE, 2013, p. 30-31).

Segundo Trindade (2013), surgiram o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, sendo que o primeiro buscou fazer com que os Estados garantissem os direitos jurisdicionais a sua população e, o outro, encabeçado pelos EUA, passou para os Estados a responsabilização crescente dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Ao término desse tópico, enfatiza-se que é complexo pensar na internacionalização/padronização dos direitos humanos, quando temos particularidades, regiões/nações extremamente desiguais e miseráveis em que as relações de igualdade estão longe de serem levadas e consideradas pelos países centrais. Enfim, em sua maioria foram colonizados pelos países oriundos do Velho Mundo. Em esclarecimento, segue o artigo 2º, para que elucidemos o que dissemos.

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2017).

Para dar continuidade, a seguir, faremos uma relação entre o Serviço Social e os Direitos Humanos. Na intenção de desconstruir visões distorcidas sobre o assunto,

elegemos estudos atuais e instigantes que retrataram como essa junção está exposta nos espaços de trabalho do assistente social.

### **3 DIREITOS HUMANOS, SERVIÇO SOCIAL E A QUESTÃO RACIAL: reflexões**

Após a explanação anterior que procurou decifrar o significado e objetivos dos direitos humanos, buscaremos descrever sua relação com o Serviço Social. A profissão em si tem por objetivo aproximar-se dos usuários para que, através das intervenções, avaliem quais são os direitos e/ou possibilidades de encaminhamentos e atendimentos deverão ser destinados a este ou àquele cidadão. Para tal, seu projeto político-profissional estará embasado no Código de Ética, regulamentado em 1993.

O Código de Ética nos indica um rumo ético-político, um horizonte para o exercício profissional. O desafio é a materialização dos princípios éticos na cotidianidade do trabalho, evitando que se transformem em indicativos abstratos, deslocados do processo social. Afirma, como valor ético central, o compromisso com a parceria inseparável, a liberdade. Implica a autonomia, emancipação e a plena expansão dos indivíduos sociais, o que tem repercussões efetivas nas formas de realização do trabalho profissional e nos rumos a ele impressos (IAMAMOTO, 2008, p. 77).

Em consonância com os propósitos profissionais, esse documento vem elucidar, qualificar e garantir o atendimento prestado à população usuária da política de assistência social no Brasil. De acordo com o exposto, a autora alerta para o risco em tornarmos o atendimento algo banalizado. Desse modo, é nos artigos da normativa que iremos encontrar “fôlego” para propor e lutar para a implantação/implementação das políticas públicas nos mais variados âmbitos de atendimento interdisciplinar a essa população em opressão social, econômica, cultural e étnica.

Ademais, é interessante apontar que o profissional trabalha intencionado a garantir, buscar a equidade, universalidade e justiça social aos usuários. Para tal, ele deverá deter-se no que preza o Código de Ética profissional, que imprime o atendimento qualitativo aos que buscam os serviços nos mais variados espaços ocupacionais. Em atenção a essa premência, descreveremos os artigos do documento que destacam os direitos humanos em suas prerrogativas, sendo:

Logo no início, os Princípios Fundamentais, expressam: “Defesa intransigente dos direitos humanos e recusa do arbítrio e do autoritarismo” (CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL, 2012, p. 3).

No Capítulo IV – Das Relações com Entidades da Categoria e demais Organizações da Sociedade Civil:

b) denunciar, no exercício da Profissão, às entidades de organização da categoria, às autoridades e aos órgãos competentes, casos de violação da Lei e dos Direitos Humanos, quanto a: corrupção, maus-tratos, torturas, ausência de condições mínimas de sobrevivência, discriminação, preconceito, abuso de autoridade individual e institucional, qualquer forma de agressão ou falta de respeito à integridade física, social e mental do cidadão (CFESS, 2012, p. 7).

Resumindo, faz parte do propósito e do fazer do profissional assistente social, lutar pela garantia dos direitos humanos, denunciando as violações que contrariam o tratamento desumano e preconceituoso aos usuários do Serviço Social. Segundo os pesquisadores Forti (2013, p. 29) a garantia dos direitos humanos, necessita da:

[...] relevância, de expressões, reflexões, argumentos, contribuições que sirvam para elucidar e/ou para ratificar o vínculo entre as ações – qualificadas e conseqüentes – que visem à efetivação desses direitos e das diretrizes propostas pelo Código de Ética Profissional vigente e/ou o atual Projeto Profissional – denominado projeto Ético-Político do Serviço Social, dois instrumentos que devem ser destacados como orientadores da ação dos Assistentes Sociais e que traduzem os compromissos assumidos pelo Serviço Social nas últimas décadas [...].

Então, pensar em direitos humanos significa pensar em direitos de maneira genérica, fato que abrange os segmentos que o assistente social trabalha, sendo: crianças e adolescentes, idosos, mulheres e outros. Não se esquecendo que cada qual está amparado por leis específicas, sendo: ECA (Lei n. 8.069/1990), Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), Portadores de transtornos psiquiátricos (Lei n. 10.216/2001), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), entre outras leis específicas.

As reflexões que retratam nossa preocupação perpassam pelas leis que também abrangem a questão racial brasileira. Entre elas<sup>5</sup>: Política Nacional de Saúde Integral da

---

<sup>5</sup> Esses dados foram citados em outros estudos desta profissão, como em: “Estatuto do idoso e estatuto da igualdade racial: e os idosos negros? – Anais XVII Encontro de Pesquisadores, Uni-FACEF/Franca (2016); e “O negro e o criminalizar a questão racial: direitos em construção” (Congresso Serviço Social/UNESP/Franca - 2016), que se encontra no prelo, e na tese

População Negra (PNSIPN - Portaria n. 992, de 13/05/2009); Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288); dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional, no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática “História e cultura Afro-Brasileira” (Lei n. 10.639/2003); ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências (Lei n. 12.711/2012); reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União (Lei n. 12.990/2014) e outras.

Destaca-se que como já foi exposto, que a extinção da SEPPIR significou a perda de uma secretaria que tratava especificamente dos assuntos relacionados à comunidade negra, indígena e cigana no Brasil. Desse modo, ao agregar esse assunto de notória importância ao Ministério da Justiça e Cidadania, “perde-se e reduz-se os investimentos de recursos financeiros e humanos” (FOGARI, 2016, p. 210). Enfim, exime-se a possibilidade de efetivar a política pública de igualdade racial. Com base nisso, para Fonseca (2009, p. 102): “A criação de órgãos governamentais não dá conta da realidade social a ser transformada [...]. Além, do mais, a criação desses órgãos públicos não é obra de uma política de Estado, mas de um governo [...]”

Chegamos ao final deste texto, propondo a seguinte reflexão: onde estão os negros? Voltaram para a senzala, a serem propriedade da elite no poder, que os comandavam nas casas-grandes? Pode-se dizer: Conservadorismo e/ou retrocesso? Deixamos para uma longa e complexa conversa: Onde estão os negros, nessa travessia?

#### **4 CONCLUSÃO**

Nota-se quanto aos dados elencados, que o profissional assistente social, além de utilizar dos instrumentais<sup>6</sup> de trabalho de notória relevância para os usuários do

---

(FOGARI, 2016). Configura-se que são direitos específicos, conquistados pelos negros brasileiros, que a categoria precisa valer-se para a formalização de suas intervenções.

<sup>6</sup> “Para Battini (2004 apud FERNANDES, 2016, p. 15), enquanto a instrumentalidade é a propriedade de determinado modo de ser que uma profissão constrói dentro das relações

Serviço Social, deverá considerar os direitos/legislações referentes à comunidade negra brasileira e a luta apreendida pelos movimentos sociais para que a política de igualdade racial seja uma política de Estado. Enfim, que a desentranhe da visão reducionista dos direitos humanos<sup>7</sup>, ao apartá-la poderá considerar-se uma questão de garantia de direitos, mediante a realidade social brasileira, que ainda comporta um número considerável de negros e descendentes do povo africano<sup>8</sup>.

## REFERÊNCIAS

BORBA, Francisco S. (Org.). **Dicionário UNESP do português contemporâneo**. São Paulo: EdUNESP, 2004.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇOS SOCIAIS. **Código de ética do/a assistente social**: Lei nº 8.662/93 de regulamentação da profissão. 10. ed. Brasília, DF: CFESS, 2012. Disponível em: <[http://www.cfess.org.br/arquivos/CEP\\_CFESS-SITE.pdf](http://www.cfess.org.br/arquivos/CEP_CFESS-SITE.pdf)>. Acesso em: 19 jul. 2017.

FERNANDES, Odete. Categorias fundamentais para compreender a instrumentalidade no trabalho do Assistente Social. In: LOVARATTI, Cleide; COSTA, Dorival (Org.). **Instrumentos técnico-operativos no serviço social**: um debate necessário. Ponta Grossa: Estúdio Texto, 2016.

FOGARI, Maria Luisa da Costa. **Transitando entre as políticas de assistência social e igualdade racial**: produção e (re) produção da trama social dos negros. 2016. 326 f. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2016.

---

sociais, no confronto entre as condições objetivas e subjetivas do exercício profissional, os instrumentais se referem ao conjunto de instrumentos e técnicas que compõem uma prática profissional cotidiana”.

<sup>7</sup> Solicita-se que desentranhe a questão racial dos direitos humanos, inclusive do Código de Ética do Assistente Social, que deveria considerar o número de negros existentes nos solos brasileiros e suas condições de vida.

<sup>8</sup> “[...] Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2014, realizada pelo IBGE e divulgada nesta sexta-feira, 53% dos brasileiros se declararam pardos ou negros no ano passado, diante de 45,5% que se disseram brancos [...]” (ROSSI, 2015). Nesse mesmo texto, Adriana Beringuy, técnica do IBGE, explica que esses dados, estão relacionados à auto declaração e Katia Regis, coordenadora da primeira licenciatura do Brasil de estudos africanos e afro-brasileiros, apreende que a auto declaração, decorre do acesso a educação e das conquistas do movimento negro brasileiro. Assim, Kátia Regis, complementa que: “A população negra que tem mais acesso ao conhecimento efetivo da história africana e afro-brasileira passa a se ver mais positivamente como negra.” (REGIS, apud ROSSI, 2015).

FONSECA, Dagoberto José. **Políticas públicas e ações afirmativas**. São Paulo: Selo Negro, 2009.

FORTI, Valeria. Direitos humanos e Serviço Social: debater é preciso. In: \_\_\_\_\_.; BRITES, Cristina M. (Org.). **Direitos humanos e Serviço Social**: polêmicas, debates e embates. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

G1. Luislinda Valois toma posse no novo Ministério dos Direitos Humanos. **Globo.com**, [s.n.], 3 fev. 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/luislinda-valois-toma-posse-no-novo-ministerio-dos-direitos-humanos.ghtml>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

HOBBSAWM, Eric J. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. Tradução Maria Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. **O serviço social na contemporaneidade**: trabalho e formação profissional. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Medida provisória estabelece nova organização dos Ministérios**. 2016. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/medida-provisoria-estabelece-nova-organizacao-dos-ministerios-2>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

PORTELA, Jorge; BARBADO, Adilson. **Sorriso Negro**. Letras. [2017]. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/dona-ivone-lara/sorriso-negro/>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

ROSSI, Marina. Mais brasileiros se declaram negros e pardos e reduzem número de brancos. **El País**, Madrid, nov. 2015. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/13/politica/1447439643\\_374264.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2015/11/13/politica/1447439643_374264.html)>. Acesso em: 19 nov. 2017.

SCHEFFER, Graziela. Serviço Social e Dona Ivone Lara: o lado negro e laico da nossa história profissional. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 127, p. 467-495, set./dez., 2016.

TRINDADE, José Damião de Lima. Os direitos humanos: para além do capital. In: FORTI, Valeria; BRITES, Cristina M. (Org.). **Direitos humanos e serviço social**: polêmicas, debates e embates. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2013.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Declaração universal dos direitos humanos**: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. [2017]. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

## Capítulo 7

### DIREITOS E GARANTIAS DOS PORTADORES DE HIV E DOENTES DE AIDS NO BRASIL

#### RIGHTS AND GUARANTEES OF HIV CARRIERS AND AIDS PATIENTS IN BRAZIL

*Thiago Daniel Ribeiro Tavares<sup>1</sup>*

*Carolina de Brito Ramalho Luz Tavares<sup>2</sup>*

#### RESUMO

Infelizmente há um crescimento do número de casos de infecção pelo vírus HIV, sendo que de maneira intensa, em heterossexuais, mulheres e crianças, desmistificando a ideia de grupo de risco difundida no início da epidemia da AIDS, no qual homossexuais, bissexuais, prostitutas e usuários de drogas eram considerados disseminadores do HIV. Assim necessário se faz apresentação dos atuais direitos e garantias aos portadores do vírus HIV e doentes de AIDS, que constituem um verdadeiro microsistema jurídico. Fornecemos informações pormenorizadas sobre a proteção jurídica no âmbito do direito público, privado, previdenciário, civil e administrativo, incluindo, ainda, a exegese dos dispositivos relativos à proteção penal e processual penal. Assim, trata-se de um artigo inovador, pois busca unificar em um único texto, os principais aspectos jurídicos dos direitos e garantias dos portadores de HIV e doentes de AIDS, onde lhes garantem tratamento e medicamentos sem custo, direito ao tratamento da lipodistrofia, saque de FGTS, isenção de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, auxílio doença, aposentadoria por invalidez, e a criminalização de sua discriminação.

**Palavras-chave:** Direitos e garantias. HIV. AIDS.

---

<sup>1</sup> Universidade Federal de São Carlos – UFSCar / Doutorando em Ciências, Tecnologia e Sociedade – thiagodrt@hotmail.com.

<sup>2</sup> Sociedade Brasileira de Psicanálise Integrativa – SBPI / Advogada / Especialista em Direito Médico – carolbrluz@hotmail.com.

## ABSTRACT

Unfortunately there is a growth in the number of cases of infection HIV skin, and intense way, in heterosexuals, women and children, Demystifying the idea of widespread risk group at the beginning of the AIDS epidemic, in which homosexuals, bisexuals, prostitutes and drug users were considered disseminators of HIV. So necessary to make presentation of current rights and guarantees of the HIV carriers and AIDS patients, constituting a true legal system. Provide detailed information on legal protection under public law, private law, social security law, administrative and civil, including, even, the exegesis of devices relating to the criminal and criminal procedural protection. So this is a groundbreaking article, as it seeks to unify in a single text, the main legal aspects of the rights and guarantees of persons with HIV and AIDS patients, where they guarantee treatment and medicines free of charge, right to treatment of lipodystrophy, sack FGTS, exemption from income tax on proceeds from retirement, sickness assistance, retirement due to disability, and that criminalization of your discrimination.

**Keywords:** Rights and guarantees. HIV. AIDS.

## 1 INTRODUÇÃO

O vírus HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), que em português significa Vírus da Imunodeficiência Humana, não significa, muito menos quer dizer que o paciente seja doente de AIDS (*Acquired Immunodeficiency Syndrome*), em português: Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA. O vírus HIV reduz esta resistência do nosso organismo exatamente por se instalar dentro dos glóbulos brancos tornando-os ineficientes e deixando-nos expostos a infecções por vírus e bactérias oportunistas, as que se aproveitam da queda de nosso sistema de defesa (imunológico) para infectar-nos. Por isso são chamadas de infecções oportunistas. Assim sendo estar "doente" com AIDS significa ser portador do vírus e ter infecções oportunistas como pneumonias, infecções intestinais, etc. que podem pôr fim e levar a morte.

Com o avanço da medicina, os estudos, tratamentos e medicamentos, hoje o HIV e a AIDS, podem ser considerados uma doença crônica, pois os indivíduos convivem com o vírus por vários anos e com uma qualidade de vida melhor, tornando assim tais pacientes como uma espécie em minoria, que deve ser respeitada e protegida principalmente pela discriminação da sociedade.

O reconhecimento do direito constitucional à saúde, dignidade da pessoa humana, e a rede de direitos humanos do Programa Nacional de Saúde, voltada aos portadores de HIV e doentes de AIDS garante a regulamentação e a aplicação de uma legislação que equacione e proponha a solução dos conflitos gerados pela manifestação das doenças e seus reflexos nestes grupos de paciente/cidadãos.

A Legislação brasileira em saúde, mais especificamente ligada às políticas de prevenção de HIV e tratamento aos doentes de AIDS, tem como objetivo maior oferecer extenso material de consulta, comparação e reflexão sobre as diversas leis e suas interpretações à realidade da epidemia, para melhor enfrentar esse desafio à saúde pública e manter os princípios da cidadania, resultado da luta por reconstruir e preservar na democracia, direitos às estas minorias.

## **2 MATERIAIS E MÉTODOS**

A pesquisa é desenvolvida a partir do método hermenêutico, por meio do levantamento e análise das normas jurídicas nacionais. Nesse sentido, realizou-se uma coleta de informações, por meio de materiais bibliográficos, livros, periódicos, mapas temáticos, informações e documentos disponíveis em páginas eletrônicas da rede mundial de computadores.

Em seguida à coleta dos dados utilizando-se a bibliografia e rede Internet, fez-se a organização dos dados utilizados e analisados. Foi empregada a matriz teórica hermenêutica, porque, fundamentalmente, está se analisando a legislação existente buscando, à luz da linguagem, a compreensão, a interpretação e a aplicação mais satisfatórias.

## **3 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

### **3.1 Direitos e garantias ao tratamento e medicamentos gratuitos**

O Direito a saúde e o tratamento médico são um dos principais componentes da vida. Podemos perceber que há íntima ligação entre o princípio da dignidade humana e o princípio da vida, que são nucleares para o segmento da saúde. O direito à saúde e a vida aparecem como consequências da dignidade da pessoa humana.

O Estado, deve buscar todas as formas legais possíveis para garantir os direitos a saúde e a vida, onde toda a sua atividade está vinculada ao princípio da dignidade

humana. O Estado é juridicamente obrigado a executar todas as ações e serviços de saúde visando à construção de uma ordem social com objetivos de bem-estar e justiça social, pois a Constituição determina estas tarefas, por imposição da Constituição Federal, que reconhece a da Saúde como um “direito de todos e dever do Estado.”, conforme estabelecido no seu artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua proteção, promoção e recuperação (BRASIL, 1988).

Inclusive por se tratar de um direito fundamental a Saúde é um direito autoaplicável, conforme estabelecido no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, vejamos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 1988).

Em 1992, o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC de 1966 que só vem a reforçar ainda os direitos à saúde e ao tratamento médico de todos os cidadãos, vejamos:

Art. 12. 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. 2. As medidas que os Estados-partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento da criança; b) o melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; c) a profilaxia, o tratamento e o controle das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; d) a criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença (BRASIL, 1992).

Também em 1996, foi ratificado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Protocolo de San Salvador – 1988, que dispõe:

Artigo 10. Direito à saúde 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. Afim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes

comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a) Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b) Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c) Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d) Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; e) Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f) Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988).

As recomendações da 8ª Conferência Nacional de Saúde (BRASILIA, 1987) apontaram neste sentido ao estabelecer que o conceito de saúde deverá ser definido em cada momento histórico e a partir de cada luta social travada no contexto local. Isto é, cada sociedade define em cada tempo, a partir de sua conjuntura econômica, social e cultural, o que significa para uma determinada população ter saúde, com reflexos no significado desse direito. Ao mesmo tempo, delimitou, a partir das experiências cotidianas dos diferentes atores sociais naquele momento histórico, o que significava saúde e direito à saúde:

- 1- Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso e serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.
- 2- A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.
- 3- Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade (BRASILIA, 1987)

Além disso, compreendendo o direito como conquista social, a 8ª CNS concluiu que a efetivação do direito à saúde implica assegurar trabalho, renda, moradia, alimentação, educação, transporte, repouso, lazer e segurança a todos, incluindo os portadores de HIV e doentes de AIDS.

Como podemos perceber a Assembleia Nacional Constituinte, que em 1988 havia definido a Saúde como direito de todos e dever do Estado, acabou tornando

realidade a criação do SUS – Sistema Único de Saúde, que representa uma grande evolução entre as políticas sociais instituídas pela Constituição Federal de 1988, foi regulado infraconstitucionalmente pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que consolidou, no país o movimento da reforma sanitária, em defesa da saúde e por melhores condições de vida, traduzido na luta por um sistema de atendimento público de qualidade universal, acessível a toda a população.

Para cumprir o seu dever de garantir aos seus cidadãos o direito fundamental à saúde, e para tanto também é necessário o fornecimento dos medicamentos necessários para o tratamento. Inclusive o acesso aos medicamentos é um direito social, fornecendo todo e qualquer medicamento necessário ou recomendado para preservação e melhora da qualidade de vida e/ou da saúde, bem como para sua reabilitação.

A Assistência Farmacêutica teve início em 1971 com a instituição da Central de Medicamentos (CEME), cujo objetivo era o fornecimento de medicamentos à população sem condições econômicas para adquiri-los, e era caracterizado por uma política centralizada de aquisição e distribuição de medicamentos (CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 1987, p. 15).

Com a criação do Programa de Controle da SIDA - Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, pela portaria 236 do Ministério da Saúde de 02 de maio de 1985, hoje chamado de Departamento de DST, Aids e Hepatites, os portadores de HIV e Aids, passaram a ter atendimento especializado, bem como fornecimento de medicamentos para todo o tratamento.

O Departamento de DST, Aids e Hepatite, é ligado à Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, tornou-se uma referência mundial e foi criado para reduzir a transmissão do HIV / AIDS e das Hepatites virais, buscando acima de tudo promover a qualidade de vida dos pacientes.

Em 1996, após mobilização da sociedade e da Coordenação Nacional de Aids, o Congresso Nacional aprovou a Lei 9.313, do Senador José Sarney, que obrigava o Estado a fornecer os medicamentos, para o tratamento desta minoria, vejamos:

LEI Nº 9.313 de 13 DE NOVEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS.

Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento (BRASIL, 1996).

Trata-se de um marco para a Assistência Farmacêutica aos portadores de HIV e doentes de AIDS, pois até então alguns medicamentos importantes para o tratamento não eram comprados e fornecidos pelo Estado, acabando assim com qualquer limitação ao direito à saúde. Atualmente segundo informações do Departamento de DST, Aids e Hepatites do Ministério da Saúde, o Estado vem fornecendo 21 medicamentos gratuitamente, que são divididos em 5 (cinco) tipos:

**1 - Inibidores Nucleosídeos da Transcriptase Reversa** - atuam na enzima transcriptase reversa, incorporando-se à cadeia de DNA que o vírus cria. Tornam essa cadeia defeituosa, impedindo que o vírus se reproduza.

São eles: Abacavir, Didanosina, Estavudina, Lamivudina, Tenofovir, Zidovudina e a combinação Lamivudina/Zidovudina.

**2 - Inibidores Não Nucleosídeos da Transcriptase Reversa** - bloqueiam diretamente a ação da enzima e a multiplicação do vírus.

São eles: Efavirenz, Nevirapina e Etravirina.

**3 - Inibidores de Protease** – atuam na enzima protease, bloqueando sua ação e impedindo a produção de novas cópias de células infectadas com HIV.

São eles: Atazanavir, Darunavir, Fosamprenavir, Indinavir, Lopinavir/r, Nelfinavir, Ritonavir, Saquinavir e Tipranavir.

**4 - Inibidores de fusão** - impedem a entrada do vírus na célula e, por isso, ele não pode se reproduzir.

É a Enfuvirtida.

**5 - Inibidores da Integrase** – bloqueiam a atividade da enzima integrase, responsável pela inserção do DNA do HIV ao DNA humano (código genético da célula). Assim, inibe a replicação do vírus e sua capacidade de infectar novas células.

É o Raltegravir (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, grifo nosso).

Em 30 de outubro de 1998, foi instituída a Portaria nº 3.916 do Ministério da Saúde, a Política Nacional de Medicamentos e Assistência Farmacêutica, onde à direção nacional do SUS atribui-se a responsabilidade de identificar e atender as demandas por formulação ou reorientação de políticas, com foco na gestão das políticas consideradas estratégicas. Buscando assegurar o acesso a medicamentos seguros, eficazes e principalmente de qualidade, ao menor custo possível para os cofres públicos, os gestores do SUS, nas três esferas de governo, são obrigados a

seguir diretrizes pré-determinadas, explicitadas nessa portaria. Diretrizes estas, que busca a reorientação da assistência farmacêutica, para que não se restrinja à simples compra e distribuição de medicamentos, mas sim objetivando o acesso efetivo da população aos medicamentos essenciais. A assistência farmacêutica, deve englobar várias atividades tais como a seleção, programação, aquisição, armazenamento e distribuição, controle de qualidade e utilização, incluindo a prescrição e a entrega, o que deve favorecer a permanente disponibilidade dos produtos segundo as necessidades da população, identificadas com base em critérios epidemiológicos. Já em relação as doenças que tem repercussão na saúde pública, como é o caso do HIV e da AIDS, devem ser feitas atualizações contínuas e padronizações de protocolos de intervenção terapêutica.

### **3.2 Direito ao tratamento de lipodistrofia**

Como já dito anteriormente em 1996, após aprovada a Lei 9.313/96, iniciou-se o uso, em larga escala, dos antirretrovirais para o tratamento da AIDS, medicações estas que passaram a proporcionar um novo tratamento da doença, permitindo inclusive introdução da Terapia Antirretroviral de Alta Potência ou também chamada de Terapia Antirretroviral Altamente Ativa, responsável pela expressiva redução aos casos de morte por AIDS.

Acontece que tais medicamentos, apesar de aumentar muito a expectativa de vida dos pacientes, infelizmente esta terapia também passou a desenvolver alguns efeitos colaterais, dentre eles a lipodistrofia, que é a alteração na gordura, causando o acúmulo ou perda de gordura em áreas localizadas do corpo. Hoje este efeito colateral do tratamento também é chamado como síndrome da redistribuição de gordura, pois além das áreas de acúmulo e perda de gordura, ocorrem também alterações metabólicas como o aumento dos triglicerídeos e colesterol, diabetes, osteoporose, etc. São multifatoriais as causas da lipodistrofia, pois a princípio acreditava-se que tratava-se de um efeito colateral dos inibidores da protease, mas atualmente sabe-se que o próprio HIV e outros medicamentos utilizados para o tratamento da AIDS também contribuem para o aparecimento desta síndrome, além de outros fatores como idade avançada, e longo tempo de uso dos antirretrovirais.

É uma doença caracterizada pela concentração excessiva de gordura no abdome, tórax e nuca e perda de gordura na face, braços e pernas de pessoas soropositivas que estão principalmente na Terapia Antirretroviral Altamente Ativa.

Infelizmente estes efeitos colaterais causados pela Terapia Antirretroviral Altamente Ativa acabaram trazendo de volta o antigo estigma da AIDS, pois quando ocorre na face, ou seja, há uma diminuição importante do tecido gorduroso, dá ao paciente um aspecto inestético, envelhecimento precoce que tem causado alteração do estado psicológico dos pacientes, com diminuição da auto estima e, conseqüentemente, influenciando sua qualidade de vida, sendo inclusive vítimas de discriminação, pois são identificados. Atualmente graças à evolução da medicina, os pacientes portadores de HIV e doentes de AIDS, vem deixando de ser vítimas dos preconceitos da sociedade em virtude dos efeitos colaterais do tratamento a antirretroviral. Foram desenvolvidas técnicas de intervenção cirúrgica para tratamento da lipodistrofia, tais como: a) preenchimento facial com polimetilmetacrilato; b) preenchimento facial com tecido gorduroso; c) reconstrução glútea; d) lipoaspiração de giba; e) lipoaspiração de parede abdominal; f) redução mamária; g) tratamento de ginecomastia; h) tipoenxertia de glúteo.

Inclusive o Ministério da Saúde em 2004, publicou a Portaria nº 2.582, que incluiu as cirurgias reparadoras de lipodistrofia no Sistema Único de Saúde (SUS) para pacientes portadores da aids em uso de antirretrovirais, onde na sua Portaria 118, publicada em janeiro de 2005, estabeleceu os protocolos de indicação das cirurgias reparadoras.

O Ministério da Saúde através da Portaria Conjunta do Secretário de Atenção à Saúde e o Secretário de Vigilância em Saúde, nº01 de 20 de janeiro de 2009, instituiu as diretrizes de indicação para tratamento da lipodistrofia em portadores HIV/AIDS, em seu anexo I.

As alterações anatômicas, lipodistróficas, estão relacionadas ao uso contínuo dos antirretrovirais, sendo que já foram constatados há mais de uma década, que o grande impacto físico e emocional resulta em estigmatização, comprometimento da qualidade de vida e ameaça à adesão ao tratamento.

Assim foram para subsidiar a classificação destes procedimentos na Classe I e II (definida como a existência de consenso quanto à indicação do tratamento, baseado a partir de evidências científicas).

Serão considerados critérios de indicação para os procedimentos desta portaria, todas as condições abaixo:

1. Paciente com diagnóstico de HIV/Aids e lipodistrofia decorrente do uso de antirretroviral e;
2. Pacientes submetidos à terapia antirretroviral por pelo menos 12 meses e;
3. Pacientes que não responderam ou não podem ser submetidos à mudança da TARV e;
4. Pacientes clinicamente estáveis, ou seja, aqueles sem manifestações clínicas sugestivas de imunodeficiência nos últimos seis meses e;
5. Resultados clínico-laboratoriais:
  - a) CD4 > 200 cels/mm<sup>3</sup> (exceto para lipoatrofia facial)
  - b) Carga Viral < 10.000 cópias/ml e estável nos últimos 6 meses (ou seja, sem variação de 0,5 log entre duas contagens)
  - c) Parâmetros clínico laboratoriais que preencham os critérios necessários e suficientes de segurança para qualquer procedimento cirúrgico (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015).

Já na Classe III: Há consenso quanto à falta de indicação ou contraindicação dos tratamentos cirúrgicos para lipodistrofia associada à infecção pelo HIV/Aids nas condições abaixo: 1. Qualquer condição clínica ou comorbidade descompensada nos últimos seis meses que confira aumento de risco ao procedimento. 2. Qualquer tratamento concomitante com anticoagulantes, imunomoduladores, imunossupressores e/ou quimioterápicos.

Assim os pacientes portadores de HIV e doentes de AIDS, que apresentarem lipodistrofia associada ao tratamento, pode efetuar cirurgias reparadoras, mas devem ter indicação médica encaminhada por uma unidade do Serviço de Assistência Especializada. Atualmente, são 20 (vinte) instituições credenciadas para tratar a lipodistrofia e 2 (duas) em fase de credenciamento.

#### **4 DIREITO AO SAQUE DE FGTS**

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, tem como objetivos a proteção financeira do trabalhador, demitido sem justa causa, inclusive Delgado (2007, p. 1268), afirma que:

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço consiste em recolhimentos pecuniários mensais, em conta bancária vinculada em nome do

trabalhador, conforme parâmetro de cálculo estipulado legalmente, podendo ser sacado pelo obreiro em situações tipificadas pela ordem jurídica, sem prejuízo de acréscimo percentual condicionado ao tipo de rescisão de seu contrato laborativo, formando, porém, o conjunto global e indiferenciado de depósitos um fundo social de destinação legalmente especificada.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º inciso III, confirmou que Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, trata-se de um direito de todos os trabalhadores urbanos e rurais, desde então, todos os empregados que firmaram contrato de trabalho passaram a ser beneficiados obrigatoriamente pelo FGTS, atualmente a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, versa sobre o FGTS, que em conjunto com os regulamentos do Decreto nº 99.684, de 08 de novembro de 1990, compõem os vigentes dispositivos legais sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

Tratando-se de dispositivos legais a Lei 7670, de 08 de setembro de 1988, reconheceu o direito especial de saque do saldo do FGTS aos portadores do vírus de HIV e doente de AIDS, vejamos:

**LEI Nº 7.670, DE 8 DE SETEMBRO DE 1988.**

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

[...]

II - levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.

Parágrafo único. O exame pericial para os fins deste artigo será realizado no local em que se encontre a pessoa, desde que impossibilitada de se locomover (BRASIL, 1988).

Assim pessoas vivendo com HIV, bem como doentes de AIDS, têm direito a sacar integralmente o valor da conta do FGTS, inclusive de acordo com previsão contida na Circular nº 260 da Caixa Econômica Federal, publicada no Diário Oficial da União em 25/04/2013. A mesma garantia é estendida a trabalhadores que possuam dependentes acometidos da epidemia.

Os documentos necessários para o saque do FGTS, são:

- Documento de identificação do trabalhador, ou diretor não empregado; e
- Número de inscrição PIS/PASEP/NIS; e
- Carteira de Trabalho; e

- Cópia autenticada das atas das assembleias que comprovem a eleição, eventuais reconduções e do término do mandato, quando se tratar de diretor não empregado; e
- Atestado médico fornecido pelo profissional que acompanha o tratamento do paciente, no qual deve constar o nome da doença ou o código da CID - Classificação Internacional de Doenças, o número de inscrição do médico no CRM -- Conselho Regional de Medicina e a assinatura, sobre carimbo; e
- Comprovante de dependência, no caso de saque em que o dependente do titular da conta for portador do vírus HIV; e
- Atestado de óbito do dependente, caso este tenha vindo a falecer em consequência da moléstia, a partir da vigência da MP 2-164-40/2001 de 26/07/2001 (CAIXA ECONOMICA FEDERAL, 2015).

O trabalhador portador de HIV/ AIDS, ou dependente tem o direito de sacar todo o saldo de todas as suas contas de FGTS, inclusive do seu atual contrato de trabalho.

Inclusive o portador de HIV e doente de AIDS, poderá sacar o saldo da sua conta de FGTS, mais do que uma vez, e nestes casos, como já entregou anteriormente todos os documentos, portanto já provado o seu estado clínico é desnecessário a apresentação da sorologia.

## **5 DIREITO DE ISENÇÃO NO IMPOSTO DE RENDA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DOS DOENTES DE AIDS**

Os doentes de AIDS, nos termos do Artigo 6º da Lei nº. 7.713/88 prevê hipóteses de isenção do Imposto de Renda sobre os proventos de aposentadoria, notadamente o inciso XIV, cuja redação assim preconiza:

*Art. 6º - Ficam isentos do imposto de renda os seguintes rendimentos percebidos por pessoas físicas:*

(...)

XIV – os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, **síndrome da imunodeficiência adquirida**, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Como podemos perceber os portadores de HIV, não receberam qualquer isenção fiscal, pois apenas os doentes de AIDS aposentados foram privilegiados com a isenção de Imposto de Renda sobre os seus proventos.

## **6 DIREITO AO AUXILIO DOENÇA**

O Auxílio-doença é um benefício previsto no plano de benefícios da previdência social, em conformidade ao disposto no Art. 201, I, da Constituição Federal, cujo objetivo é conceder ao segurado meios de sobrevivência no período em que estiver incapacitado para o trabalho ou a sua ocupação habitual, em razão de incapacidade originada por doença ou acidente, desde que essa incapacidade seja superior a 30 dias consecutivos. O valor da renda mensal é equivalente a 91% (noventa e um por cento) do salário de benefício, apurado conforme regra estabelecida pelo inciso II do art. 29 da lei 8.213/91<sup>3</sup> não podendo ser inferior ao salário mínimo nem superior ao teto da previdência social.

A Lei 7670, de 08 de setembro de 1988, também garantiu aos doentes de AIDS, o direito de requerer junto ao INSS, o auxílio-doença, vejamos:

LEInº 7.670, DE 8 DE SETEMBRO DE 1988.

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

[...]

e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes; (BRASIL, 1988).

Um ponto importante é a carência para a concessão dos benefícios de Auxilio Doença. Normalmente são 12 meses de contribuição no mínimo mas, há doenças e patologias que a carência é diferenciada, como no caso da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS, em que não é exigida carência mínima.

---

<sup>3</sup> Segundo o dispositivo, o salário de benefício do auxílio-doença consiste na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% (oitenta por cento) de todo o período contributivo. No mesmo sentido, o enunciado da súmula nº 57 da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais estabelece que “o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez não precedida de auxílio-doença, quando concedidos na vigência da Lei n. 9.876/1999, devem ter o salário de benefício apurado com base na média aritmética simples dos maiores salários de contribuição correspondentes a 80% do período contributivo, independentemente da data de filiação do segurado ou do número de contribuições mensais no período contributivo.”

## **7 DIREITO À APOSENTADORIA POR INVALIDEZ EM ALGUNS CASOS**

A Lei 7670, de 08 de setembro de 1988, também garantiu aos doentes de AIDS, o direito de requerer junto ao INSS, a aposentadoria por invalidez, vejamos:

LEI nº 7.670, DE 8 DE SETEMBRO DE 1988.

Art. 1º A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - SIDA/AIDS fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica:

e) auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la, bem como a pensão por morte aos seus dependentes; (BRASIL, 1988).

Para a aposentadoria por invalidez, é obrigatório o portador de HIV e doente de AIDS, passar por perícia médica do INSS/MPS, que é uma avaliação da incapacidade laborativa e intercorrências restritivas ao bem-estar físico, psíquico e social, decorrentes de doença ou agravo, para fins de concessão de benefícios previdenciários, acidentários, assistenciais ou indenizatórios, dentro das previsões legais, regulamentares e normativas, pertinentes a cada modalidade de benefício.

Neste caso do pedido de aposentadoria por invalidez, apesar de ser garantido pela lei 7670/1988, a sua concessão não é tão simples uma vez que a incapacidade laborativa, para fins de estabelecimento ou prorrogação de prazos de afastamento, está na dependência do estado geral, situação imunológica, gravidade do quadro clínico, presença de morbidades, intensidade dos efeitos adversos medicamentosos e exigências físicas para a atividade exercida.

## **8 A CRIMINALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO AOS PORTADORES DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA (HIV) E DOENTES DE AIDS - LEI Nº 12.984, DE 02 DE JUNHO DE 2014**

A discriminação sempre esteve presente na história, desde o Código de Hamurabi, havia a previsão de punição e castigos proporcionais ao mal causado, assim como se faziam distinções nas penas de acordo com a classe social da vítima. Ou seja, ferir ou matar um escravo era menos grave do que alguém do clero.

No entender de Norberto Bobbio<sup>4</sup>, por discriminação entende-se uma diferenciação injusta ou ilegítima porque vai contra o princípio fundamental de justiça, segundo o qual devem ser tratados de modo igual aqueles que são iguais (BOBBIO, 2002, p. 108).

Há hoje grande legislação proibitiva de qualquer forma de discriminação e desrespeito aos princípios de igualdade, justiça, liberdade e dignidade do homem, tanto a nível constitucional, como infra e supraconstitucional, que de forma genérica estão a agasalhar os portadores do vírus HIV e doentes de AIDS.

A aprovação no dia 02 de junho de 2014 na nova Lei 12.984, é resultado do Projeto de Lei do Senado nº 51/2003, apresentado pela Ex-senadora Serys Slhessarenko, no dia 07/03/2003, acabou passando por Audiência Pública da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Congresso Nacional, presidida pelo senador Paulo Pain, no dia 13/05/2013, que contou neste dia com o grande apoio da sociedade e do Grupo de Incentivo à Vida, Rede Nacional de Pessoas que Vivem com HIV/AIDS, Departamento DST/AIDS e Hepatites Virais do Ministério da Saúde, Frente Parlamentar de Enfrentamento às Doenças Sexualmente Transmissíveis e Grupo pela Vida Niterói, que são entidades que buscam a proteção deste grupo de minoria.

A Lei 12.984, define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana – HIV e doentes de AIDS, assim estabelece em seu artigo 1º, vejamos:

Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:  
I - recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;  
II - negar emprego ou trabalho;  
III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

---

<sup>4</sup> Nesse sentido, o renomado filósofo explicou que: “Num primeiro momento, a discriminação se funda num mero juízo de fato, isto é, na constatação da diversidade entre homem e homem, entre grupo e grupo. Num juízo de fato deste gênero, não há nada reprovável: os homens são de fato diferentes entre si. Da constatação de que os homens são desiguais, ainda não decorre um juízo discriminante. O juízo discriminante necessita de um juízo ulterior, desta vez não mais de fato, mas de valor: ou seja, necessita que, dos dois grupos diversos, um seja considerado bom e o outro mau, ou que um seja considerado civilizado e o outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais etc.) e o outro inferior... Um juízo deste tipo introduz um critério de distinção não mais factual, mas valorativo” (BOBBIO, 2002, p.108-109).

- IV - segregar no ambiente de trabalho ou escolar;
- V - divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;
- VI - recusar ou retardar atendimento de saúde (BRASIL, 2014).

A nova lei dispõe em seu bojo condutas dolosas, distribuídas em 6 (seis) incisos, identificando como fato típico e punível qualquer uma das condutas preconceituosas e discriminatórias contra a vítima portador de HIV ou de doente de AIDS.

Percebemos que as condutas típicas previstas nos incisos I, II e III, são uma forma de coibir obstáculos ou empecilhos, presentes até hoje no dia a dia dos portadores do Vírus de HIV e doentes de AIDS, que são a dificuldade de ingressar ou permanecer em estabelecimentos educacionais de qualquer espécie ou de trabalho, não importando se públicos ou privados.

Já no inciso IV, podemos identificar uma forma de coibir a segregação, ou marginalização dos portadores do Vírus de HIV e doentes de AIDS no local de trabalho ou de estudo, hipótese em que a vítima é apartada do convívio dos demais colegas, muitas vezes sob o manto da falsa justificativa de que à ela (pessoa portadora do vírus ou doente) se está concedendo tratamento especial.

No inciso seguinte V, pune a conduta típica daquele que tem como objetivo ofender a vítima (*animus offendendi*), usando a divulgação da condição do portador de HIV ou de doente de aids.

Por fim, a lei não poderia deixar de tipificar em seu inciso VI como crime a conduta dos profissionais da saúde que recusam ou retardam, injustificadamente (elemento implícito no tipo), atendimento ao paciente portador do HIV ou de doente de AIDS.

Com relação a pena pode variar de 1 a 4 anos de reclusão. Assim, trata-se, portanto, de infração penal de médio potencial ofensivo, admitindo assim suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95).

Vejam que a discriminação e segregação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana – HIV e doentes de AIDS, é hoje uma infeliz realidade na nossa sociedade, e o sofrimento e pouco caso que algumas pessoas fazem não pode ficar impune, assim sendo tão importante a tutela dos direitos deste grupo de minoria.

Encontra-se relevância nessa nova disciplina legal, pois ao criminalizar essas condutas, a nova lei busca a proteção jurídica aos portadores do HIV e do doente de AIDS, já fragilizado pela gravidade de seu quadro de saúde. É indiscutível o avanço e a importância da nova lei na busca de concretização dos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação.

## **9 CONCLUSÃO**

Como podemos perceber atualmente os portadores do vírus da imunodeficiência humana – HIV e doentes de AIDS, possuem diversos direitos e garantias próprias, pouco divulgadas, pois a princípio só tem conhecimento do direito ao tratamento e medicamentos sem custo. O direito ao tratamento da lipodistrofia é pouco conhecido, mas traz mais dignidade a esta minoria pois, através de cirurgias reparadoras e de preenchimento faciais da glute, amenizam os sinais dos efeitos colaterais da doença e dos seus medicamentos.

O saque de FGTS e a isenção de imposto de renda sobre proventos de aposentadoria, podem trazer um suporte financeiro ou amenizar a carga tributária aos pacientes, pois com o tratamento e a doença o seu estilo de vida deve modificar. Temos percebido nas últimas décadas a mudança da postura da Previdência Social, com os portadores de HIV e Doentes de AIDS, pois os estudos médicos, periciais, vem demonstrando que em alguns casos, ou em fases do tratamento é completamente impossível manter as suas atividades laborais normais devido a debilidade, concedendo assim benefícios de Auxílio Doença e até mesmo a Aposentadoria por invalidez.

Agora um avanço legislativo nacional na proteção desta minoria, é a aprovação da Lei 12.984, pois a discriminação e segregação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana – HIV e doentes de AIDS, é hoje uma infeliz realidade na nossa sociedade, e o sofrimento e pouco caso que algumas pessoas fazem não pode ficar impune, assim a tutela dos direitos deste grupo de minoria é tão importante, assim nada mais justo definir como crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana – HIV e doentes de AIDS, punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

Assim encontra-se relevância no estudo dos direitos desta minoria, na busca de divulgação dos seus direitos, pois infelizmente muitos portadores e HIV e doentes de AIDS os desconhecem completamente, devido a falha na divulgação das políticas públicas e de seus benefícios sociais.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade e outros ensaios. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Assistência farmacêutica no SUS/Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: [s.n.], 1988.

BRASIL, Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul. 1992.

BRASIL. Lei nº 12.984, de 2 de junho de 2014. Que define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS. Brasília, 2014.

CAIXA ECONOMICA FEDERAL. Documentos para saque FGTS. [2015?]. Disponível em: <[http://www.caixa.gov.br/downloads/fgts-informacoes-diversas/Condicoes\\_Saque\\_FGTS.PDF](http://www.caixa.gov.br/downloads/fgts-informacoes-diversas/Condicoes_Saque_FGTS.PDF)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8, 1987, Brasília. **Anais...** Brasília: Ministério da Saúde, 1987.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Departamento de vigilância, prevenção e controle das IST, do HIV/AIDS e das hepatites virais. [2015?]. Disponível em: <[www.aids.gov.br](http://www.aids.gov.br)>. Acesso em: 10 fev. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais “Protocolo de San Salvador”**. San Salvador: [s.n.], 1988.

## Capítulo 8

### **A SAÚDE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: precarização do sistema frente à tuberculose**

HEALTH IN THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM: precariousness of the system against tuberculosis

*Bruno de Paula Checchia Liporaci*<sup>1</sup>

*Rafael Matsuda Suzuki*<sup>2</sup>

*Guilherme de Oliveira Faleiros*<sup>3</sup>

#### **RESUMO**

Trata-se de uma pesquisa qualitativa com o objetivo de abordar o tema da saúde no cárcere, para tanto abordando as condições que possibilitam a incidência de doenças contagiosas neste ambiente, em especial a tuberculose. O Direito à Saúde é constitucionalmente universal e assim deve ser garantido para todas as pessoas, sem distinção, sejam elas privadas ou não de sua liberdade. No Brasil ela advém da política pública do Sistema Único de Saúde - SUS. A tuberculose é uma doença altamente contagiosa, que, apesar de endêmica na sociedade atual, tem uma presença muito frequente no ambiente do sistema prisional, aonde as condições de insalubridade do local, contribuem para a proliferação desta doença. Pretende-se utilizar, especificamente a partir da incidência da tuberculose, o desenvolvimento de um trabalho que contribua para trazer o tema da saúde carcerária para o universo jurídico e os seus devidos desdobramentos, tendo como proposta fomentar uma abordagem para uma maior discussão e interação deste assunto, que é mais presente na área da saúde.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Saúde no cárcere. Tuberculose. Direitos humanos. Direito penitenciário.

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de pós-graduação em Enfermagem Psiquiátrica - linha de pesquisa "Estudos sobre a Conduta, a Ética e a Produção do Saber em Saúde" que confere o título de mestre em Ciências da Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto EERP/USP, especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP), Bacharel em Direito, Graduando em Serviço Social pela Universidade Federal do Triângulo Mineiro (UFTM).

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/ USP).

<sup>3</sup> Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP).

## ABSTRACT

This is a qualitative research with the objective to give an approach to the subject of prison health, therefore analysing the conditions that make possible the incidence of contagious diseases in this environment, specially tuberculosis. The Right to Health is constitutionally universal and therefore must be guaranteed to all people without distinction, be them deprived of their liberties or not. In Brazil it comes from the public policy of the Health Unic System, SUS. Tuberculosis is a highly contagious disease, that, although endemic in the present society, has a much more frequente presence in the environment of the prison system, in wich the unhealthy conditions contribute to the proliferation of that disease. It is intended to use, specifically from the incidence of tuberculosis, the development of a work that contributes to bring the subject of prison health to the legal universe and its due unfoldings, with the proposal to promote a approach for bigger discussion and interaction of this matter, that is more present on the health área.

**Keywords:** Right to health. Prison health. Tuberculosis. Human rights. Prison law.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo abordar o tema da saúde no cárcere, enfocando a questão da tuberculose no sistema prisional brasileiro.

Para tanto, é necessário fazer a pergunta acerca das violações de direitos humanos, em especial às violações que propiciam o aumento da incidência das doenças contagiosas. Tais violações são, por exemplo, a superlotação, a carência da prestação de serviços de saúde, condições de higiene, dentre outros, já que o tema tende a não se esgotar nesses quesitos elencados. A tuberculose terá, portanto, função exemplificativa para abordar tais violações, pois ela é afetada por tais condições aqui elencadas, e, também, por se verificar, em um primeiro momento, incidência muito maior em ambientes carcerários.

Trata-se, portanto, de pesquisa bibliográfica, qualitativa e assistemática, com o objetivo de analisar a efetivação do direito à saúde no cárcere com base na incidência de diagnósticos de doenças contagiosas, em especial, a tuberculose, infecção respiratória e alto contágio, caráter que permite a transmissão dessa doença em ambientes fechados, superlotados e insalubres como são os presídios brasileiros.

## **2 O DIREITO À SAÚDE NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

A saúde foi reconhecida como um direito humano social, expressamente previsto pela Constituição brasileira em seus artigos 5º, 6º e 196 e por diversos instrumentos normativos internacionais assinados e ratificados pelo Brasil – notadamente a Declaração Universal de Direitos Humanos e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (AITH, 2010).

Tal igualdade também se aplica as pessoas privadas de liberdade pelo Estado. O Direito à Saúde tem um caráter universal. Assim, em todos os Estados deveriam reconhecê-lo aos seus cidadãos. Esse entendimento foi acatado pela comunidade internacional com a criação da OMS, em 1946 (ROCHA, 2011).

Assim, como uma entidade pretensamente abstrata e universal, os conceitos, em regra, devem ignorar diferenças pontuais entre elementos de uma mesma categoria. Logo, o conceito jurídico de saúde humana deve partir dos traços comuns a todos os seres humanos, tratando-os – só para o fim de delineamento de juízo hipotético, é evidente – como se todos idênticos fossem. Além desta premissa metodológica qualquer conceito de saúde não pode passar ao largo dos bens jurídicos que estão integrados a seu campo nuclear. Logo, além da perspectiva do indivíduo (como, por exemplo, a preservação ou recuperação do estado de saúde), deve-se agregar à questão coletiva e a problemática do desenvolvimento (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 12).

Atualmente é comum a divulgação de informações nas muitas mídias, sobre as condições de saúde no cárcere, que se mostram, nesses meios, insatisfatórias ao ponto da desumanidade. Este estudo pretende, portanto, observar, nas prisões brasileiras, se há efetivação do direito à saúde.

A 8ª Conferência Nacional de Saúde surgiu para discutir uma nova proposta de estrutura e de política de saúde do país (CAMPOS, 1993). Entre as propostas constantes no Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde (BRASIL, 1987), encontrava-se o conceito ampliado de saúde, tendo em vista que saúde deveria ser entendida como resultante das condições de vida, moradia, lazer, acesso e posse de terra, transporte e emprego. Em outras palavras, somente através do reconhecimento desses outros direitos que se pode atingir o completo bem-estar, conceito de saúde preconizado pela Organização Mundial da Saúde (ROCHA, 2011).

Assim, no Brasil, a primeira grande conquista do Movimento de Reforma Sanitária efetiva-se, enfim, com a determinação, pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, no seu Art. 196, dispondo:

[...] **Art. 196.** A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1989).

Não basta apenas declarar que todos têm direito à saúde; é indispensável que a Constituição organize os poderes do Estado e a vida social de forma a assegurar a cada pessoa o seu direito. É função de todo profissional ligado à área da saúde contribuir para o debate sobre as formas possíveis de organização social e estatal que possibilitem a garantia do direito à saúde:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam (SILVA, 2001, p. 808).

O direito à saúde pública é pautado na universalidade de cobertura e na integralidade de assistência.

### 3 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Segundo dados divulgados recentemente (no dia 23 de junho de 2015) pelo Ministério da Justiça, ainda que relacionados a dados referentes a junho de 2014, atualmente a situação quantitativa da população carcerária brasileira pode ser descrita como no quadro a seguir:

**Figura 1** - População carcerária brasileira.

População Carcerária Brasileira	
População prisional	607.731
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062
Taxa de ocupação	161%
Taxa de aprisionamento	299,7

População carcerária brasileira.

**Fonte:** Brasil (2014).

Fazendo uma análise da situação do Brasil em relação a outros países, o relatório elaborado pelo Ministério da Justiça informa que “em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia.

É preciso considerar que esses dados, em 2014, revelam ainda que 41% da totalidade da população prisional está privada de liberdade sem condenação, ao passo que os mesmos valores percentuais, de 41%, aplicam-se aos condenados ao regime fechado.

Os Dados do Infopen, de dezembro de 2014, demonstram o reduzido número da população apenada cumprindo pena em regime aberto e semiaberto:

Em 16 Unidades da Federação, a porcentagem de vagas de casas do albergado ou congêneres para cumprimento de pena em regime aberto, em que a pessoa apenas se recolhe ao confinamento no período noturno, é menor ou igual a 0,1%. Mesmo admitindo que uma pessoa em regime aberto possa cumprir pena em vaga destinada inicialmente ao regime semiaberto, essas vagas representariam apenas 18% das vagas no país (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014b, p. 20).

Esses dados indicam uma preferência do sistema penal pela punição com pena privativa de liberdade.

Diante do panorama apresentado referente à população carcerária, cabe verificar se a PNAISP (Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional) conseguiu, efetivamente, conferir a cada unidade prisional a extensão do Sistema Único de Saúde - SUS, promovendo assim a universalidade no acesso à saúde. Pelo Ministério da Justiça (2014a), 37% (462) das unidades prisionais continham módulo de saúde integrante da Rede de Atenção à Saúde do SUS, sendo que 63% (796) dos estabelecimentos prisionais não o continham. Ainda, segundo o relatório, 37% dos estabelecimentos possuem o referido módulo e 63% dos reclusos encontram-se nessas unidades, concluindo que mais de um terço da população privada de liberdade não possui serviço de atenção básica de saúde em suas unidades prisionais.

Quanto aos espaços mínimos de saúde (consultório médico, consultório odontológico, sala de coleta de material para laboratório, sala de curativos, suturas,

vacinas e posto de enfermagem etc.), segundo o relatório, grande parte das unidades prisionais não os contempla.

**Tabela 1** - Unidades prisionais com espaço mínimo de saúde.

<i>Espaços mínimos</i>	<i>Com espaço</i>	<i>Sem informação</i>	<i>Sem espaço</i>
Consultório médico	462	28	768
Consultório odontológico	394	28	836
Sala de coleta de material para laboratório	197	28	1.033
Sala de curativos, suturas, vacinas e posto de enfermagem	463	27	768
Cela de observação	219	28	1.011
Cela de enfermagem com solário	71	28	1.159
Sanitário para pacientes	217	28	1.013
Sanitário para equipe de saúde	417	28	813
Farmácia ou sala de estoque/dispensação de medicamentos	449	28	781
Central de material esterilizado/expurgo	153	28	1.077
Sala de lavagem e descontaminação	96	28	1.134
Sala de esterilização	132	28	1.098
Vestiário	111	28	1.119
Depósito de material de limpeza - DML	333	28	897

**Fonte:** Ministério da Justiça (2014a).

Avaliando essa primeira imagem do sistema prisional brasileiro, observa-se a frustração da expectativa normativa do 'dever ser' quanto ao direito à saúde. A ausência de vagas nos estabelecimentos prisionais para atender sua população, a pouca expressão, terça parte, dos presídios que detêm módulos de Saúde como preconiza o PNAISP, bem como o baixo número de estabelecimentos prevendo uma infraestrutura mínima de equipamentos e espaços para fins de saúde denotam um sistema penitenciário incapaz de conferir aos seus cidadãos o gozo pleno desse direito fundamental à vida e ao bem-estar.

#### **4 DIREITO À SAÚDE NO CÁRCERE**

O ordenamento jurídico brasileiro prevê, na Constituição Brasileira de 1988, normas gerais para garantir os direitos da população na sua totalidade, bem como da encarcerada. As Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, 1955, aprovadas pelo Conselho Econômico e Social, em sua Resolução 663 C (XXIV), de 31 de julho e 1957, e 2076 (LXII), de 13 de maio de 1977, prevê, no seu item 10, a observação das exigências mínimas de higiene e saúde, a cubicagem de ar disponível, o espaço

mínimo, a iluminação, o aquecimento e a ventilação e, no item 15, a exigência da higiene dos presos, “o fornecimento de água e higiene necessários à saúde e limpeza”; no item 22, trata da necessidade do estabelecimento prisional dispor de, pelo menos, um médico qualificado, com “conhecimentos de psiquiatria”; o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, 1988, estabelecendo, em seu artigo 10, 2, “f”, sobre o direito à saúde, “a satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, seja, mais vulneráveis” (FERREIRA, 2008, p. 33-57).

Essas declarações integram o sistema nacional de leis com o intuito de promover a concretude necessária da regra, assim sendo, efetivando-se como “normas jurídicas positivas constitucionais” (SILVA, 2005, p. 179). Para tanto, a temática da saúde, sob a ótica constitucional, recebe a qualificação de direitos fundamentais, que são aqueles sem os quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive, devendo ser reconhecidos “concreta e materialmente” e, também, pela própria letra da Constituição, a desempenharem aplicação imediata (SILVA, 2005).

É necessário questionar, também, se existe algum grupo populacional excluído do caráter universal do direito à saúde e, na negativa, qual seria o tratamento para os mais distintos destinatários desse direito. Ainda, propõem acertada interpretação acerca da titularidade desse direito:

[...] a titularidade universal do direito à saúde, respaldada em sua estreita vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal, sendo de afastar a tese que, de forma generalizada, sem exceções, procura cingi-lo, somente aos brasileiros e estrangeiros residentes no país. Ressalve-se que nem mesmo as políticas públicas atualmente vigentes dão amparo a esse tipo de interpretação restritiva, na medida em que apresentam caráter nitidamente inclusivo, como são exemplo alguns programas especiais de assistência à saúde, seja porque dirigidos a grupos populacionais especiais dentro do território nacional, como no caso dos povos indígenas, seja porque voltados à população estrangeira que acorre aos serviços públicos nas cidades da fronteira terrestre do Brasil, demonstrando, enfim, que o caminho não é exclusão. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 9-10).

Especificando a temática do direito à saúde para os estabelecimentos prisionais onde há o cumprimento da condenação do indivíduo, a pena privativa de liberdade ou da prisão provisória, verifica-se como marco legal (CÚNICO et al., 2005) a Lei de

Execuções Penais (Lei 7.210 de 1984) que estabelece os direitos e deveres da população carcerária, “atribuiu competências aos órgãos de execução penal”, jurisdicionando a execução penal e impondo limites a discricionariedade estatal (BRAGA, 2013). Nos seus artigos 3º, 11, II; 14 e 41, VII, determina-se como dever de assistência ao recluso pelo Estado quanto à saúde preventiva e curativa e, para efetivá-lo, “compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico”, não havendo infraestrutura física e humana esperada, deverá ser assistido em outro local (BRASIL, 1984).

Nas Unidades prisionais a efetivação do cuidado à saúde tem se dado essencialmente na forma curativa e pontualmente na forma preventiva. Realizando uma “higienização” com aplicação de vacinas e consultas diárias para realizações rotineiras como aferir pressão, verificação de Ph vaginal, não tendo uma preocupação com a promoção e preservação da saúde, com orientações acerca de doenças infectocontagiosas, DSTs, HIV/AIDS, Tuberculose, HPV, Infecções do Trato Urinário, entre outros.

A saúde dos prisioneiros representa um dos principais desafios para a saúde pública, os indivíduos chegam muitas vezes no sistema prisional, com uma certa carência de cuidados a saúde. Dessa forma prisioneiros tendem a mostrar alta morbidade na taxa de admissão, especialmente para doenças crônicas, doenças mentais, doenças infecciosas e sexualmente transmissível doenças (DST).

Com o advento das convenções do Cairo e Beijing há uma maior preocupação na implementação quanto a efetivação do direito à saúde no cárcere, principalmente às mulheres grávidas que estão em condições privadas de liberdade. Em 2003 o Ministério da Saúde, cria o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), que se preocupava em realizar as ações e o serviço de saúde dentro do sistema carcerário.

O Plano Nacional de Saúde prevê a inclusão da população penitenciária no SUS, garantindo que o direito à cidadania se efetive na perspectiva dos direitos humanos. O acesso dessa população a ações e serviços de saúde é legalmente definido pela Constituição Federal de 1988, pela Lei n.º 8.080, de 1990, que regulamenta o Sistema Único de Saúde, pela Lei n.º 8.142, de 1990, que dispõe sobre

a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde, e pela Lei de Execução Penal n.º 7.210, de 1984.

No seu artigo 8º, o PNASP estabelece que em cada unidade penitenciária haverá uma equipe mínima para atenção básica de saúde, composta por médico, enfermeiro, odontólogo, assistente social, psicólogo, auxiliar de enfermagem e auxiliar de consultório dentário:

[...] Art. 8º Estabelecer que a atenção básica de saúde, a ser desenvolvida no âmbito das unidades penitenciárias, será realizada por equipe mínima, integrada por médico, enfermeiro, odontólogo, assistente social, psicólogo, auxiliar de enfermagem e auxiliar de consultório dentário, cujos profissionais terão uma carga horária de 20 horas semanais, tendo em conta as características deste atendimento.

§ 1º Cada equipe de saúde será responsável por até 500 presos.

§ 4º O Ministério da Saúde garantirá, a cada equipe implantada de que trata este Artigo, o fornecimento regular de kit de medicamentos básicos. (BRASIL, 2003, p. 3).

Cada equipe se responsabilizará por 500 presos e, se houver menos que 100 pessoas, o atendimento realizar-se-á nas Unidades de Saúde do município que abriga o presídio (CÚNICO et al., 2005). Em 2014, é estabelecido um plano de ação pelo Ministério da Saúde por meio da portaria nº 482, que institui normas para operacionalizar a Política de Atenção Inteira à Saúde de Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), integrada ao Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2014), dispondo as unidades prisionais em três faixas: a primeira, com até 100 pessoas; a segunda, de 101 a 500 e a terceira, e 501 a 1200 pessoas. Todas essas faixas contarão, segundo Cúnico e Jesus (2005, p. 915-916):

Com uma equipe multidisciplinar composta por cirurgião-dentista, enfermeiro, médico, técnico de enfermagem, técnico de higiene bucal, podendo ser acrescida, dependendo dos tipos anteriormente citados, de outros profissionais como médico psiquiatra, assistente social, farmacêutico, fisioterapeuta, psicólogo, terapeuta ocupacional e nutricionista.

A PNAISP também estende o escopo de incidência da política de saúde para todos aqueles sob custódia do Estado, seja em “regime fechado, semiaberto, aberto ou cumprindo medida de segurança na modalidade de tratamento ambulatorial” (CÚNICO et al., 2005, p. 916), contemplando, também, as famílias das pessoas privadas de

liberdade, visto que circulam no ambiente prisional e devem receber igualmente os cuidados relativos à prevenção de doenças (CÚNICO et al., 2005).

Contudo, a dinâmica da atenção à saúde nas unidades prisionais tem sido essencialmente curativa e pontualmente preventiva. Predominam as consultas e imunizações, dentre as doenças, são recorrentes DST e HIV/AIDS, Tuberculose, HPV, Infecções do Trato Urinário, entre outros.

A tuberculose está quase erradicada fora de presídios. Neles, devido ao lugar ser abafado, muitas pessoas convivendo no mesmo local mais a umidade, cresce o surgimento desta doença. (SILVA; PIO, 2009).

#### **4.1 Precariedades das condições e serviços de saúde prisionais**

O estado do ambiente é uma condição fundamental para possibilitar a saúde humana. Existem normas específicas para garantir o direito à saúde em condições de detenção. A primeira medida é a adequação das instalações a modelos que garantam um mínimo de condição de salubridade, tais como o abastecimento de água potável ou evitar a superlotação (CORREA-LUGO et al., 2009).

Nogueira e Abrahão (2009), em estudo realizado nos presídios da zona oeste da cidade de São Paulo da 3ª Delegacia Seccional de Polícia, demonstrou que quanto maior o tempo na prisão, maior a chance de infecção pela tuberculose. Para tanto, evidenciaram que o confinamento e a superlotação de presos nos Distritos Policiais e em outras Unidades Prisionais dessa região paulistana, aliados às precárias condições de higiene, à baixa qualidade de alimentação e ao estresse causado pela vulnerabilidade da situação de detento, aumentam o risco de adoecimento e transformam os encarcerados em potenciais vítimas da infecção pelo *Mycobacterium tuberculosis*, favorecendo sua disseminação nestes espaços.

Tais temas, portanto, merecem o devido apontamento, por serem condições de encarceramento que afetam a suscetibilidade a doenças contagiosas, como a tuberculose. Nesse sentido, segundo o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito Destinada a Investigar a Realidade do Sistema Carcerário Brasileiro CPI (2017, p. 278):

O sistema penitenciário brasileiro conta com apenas 15 médicos ginecologistas para uma população de 35.039 presas, o equivalente a

um profissional para cada grupo de 2.335 mulheres. Os dados são do sistema Integrado de Informações Penitenciárias (Infopen), do Ministério da Justiça, de dezembro de 2012. Para garantir pelo menos uma consulta ginecológica anual por mulher, como recomenda o Ministério da Saúde, cada um desses médicos teria que trabalhar 365 dias por ano e atender a 6 pacientes diariamente.

Verifica-se, desse modo, que a população carcerária, por conta da superlotação nos presídios brasileiros, fica condicionada a um ambiente insalubre. Essa situação torna-se pior à medida em que o corpo médico não consegue, de modo suficiente, cuidar da saúde dos internos.

#### **4.1.1 Superlotações**

A superlotação é o esgotamento da capacidade do cárcere, e, conseqüentemente, o número de detentos ser maior que o número de vagas. Segundo o *World Prison Brief* (2017), a capacidade carcerária do Brasil em janeiro de 2017 era de 393.953 vagas, enquanto o número de detentos em abril de 2017 era de 659.020, sendo o nível de ocupação de 163,9%.

Já o relatório da *Human Rights Watch* (2017) mostra que o número de detentos no Brasil excede os 622.000 e está 67% além da capacidade do sistema prisional (OMS, 2017).

A superpopulação traz com ela ensejos de insalubridades no local, motins, várias doenças e pessoal respirando o mesmo ar, aonde o ambiente já é hostil, sem falar de qualidade de ar, mortes nas celas de outros detentos que podem estar com infecções graves ou até outros tipos de doenças, causando assim uma mera forma de amontoar o que a sociedade não quer para si, um depósito de lixo humano, convivendo em péssimas situações e aos milhares em um único espaço geográfico, sem dignidade humana, com uma má ventilação, e não basta tudo isso, existe também a baixa eficácia do sistema de saúde dentro do presídio, tudo corroborando para destruir o que enseja a própria declaração universal dos direitos humanos : “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. “A superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”. A questão torna-se ainda pior se contarmos que em presídios femininos há também nesse espaço além das detentas, crianças sendo que muitas estão em seus primeiros dias de vida e já convivem em um

espaço degradante deste. A própria Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário do Congresso Nacional definiu em seu último relatório final que: “A superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário”, diz o relatório da CPI do Sistema Carcerário do Congresso Nacional. O relatório também diz que “no Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, em São Paulo, vários presos do Sistema Carcerário com tuberculose misturavam-se, em celas superlotadas, com outros presos aparentemente ‘saudáveis’” (BRASIL, 2017).

O art. 85 da Lei de Execução Penal salienta que o estabelecimento penal terá lotação compatível com a sua estrutura e finalidade. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determina (BRASIL, 2009, p. 4-6).

#### **4.2 Doenças contagiosas e a tuberculose no cárcere**

As doenças infectocontagiosas são causadas por vírus, bactérias ou parasitas. São transmissíveis pelo contato direto ou indireto com indivíduos que estejam infectados, seja por meio sexual como HIV ou pelo contato respiratório aéreo com partículas de agentes inoculadores, como é o caso da tuberculose.

Um fator importante para a transmissão de doenças infectocontagiosas, como o caso da tuberculose é a aglomeração de pessoas em um mesmo local, proporcionando maior incidência do contágio devido a facilidade do doente expelir o agente transmissor pela fala, tosse, espirro ou até a saliva. As doenças infectocontagiosas atingem os pulmões, sistema imunológico e também outros órgãos dependendo de sua incidência.

A tuberculose é uma doença pulmonar severamente contagiosa. É uma das dez maiores causas de mortalidade do mundo (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2016). Segundo o relatório da Organização Mundial de Saúde, em 2015, houve 81.137 casos notificados de tuberculose no Brasil, e entre 6.400 e 9.500 mortes, somando os casos de pacientes com e sem HIV.

Verifica-se uma frequência muito maior, no cárcere, da doença, se comparada ao resto da sociedade. A incidência de tuberculose é maior entre os presos do que na população geral (BELLIN et al., 1993). Mesmo antes da prisão, muitos detentos estão expostos a fatores de alto risco para a doença, como desnutrição, higiene escassa e condições de vida inadequadas (REYES, 1997). Além disso, as penitenciárias impõem um risco adicional para a transmissão: a superlotação e a pouca ventilação são dois

fatores que frequentemente coexistem nas prisões, juntamente com condições sanitárias adversas, baixo nível socioeconômico e uso de drogas (GUIMARÃES et al., 2008; TORRES; GOMES, 2005; FERREIRA FILHO et al., 2003).

Um estudo acerca de um hospital-prisão, na Bahia, por exemplo, verificou que a frequência da tuberculose no ambiente prisional era, na época, 42 vezes maior que fora da prisão. Além disso, o estudo cita outros estudos que demonstram frequências semelhantes, e disserta sobre as razões desse fato:

Basicamente, três razões podem explicar maiores taxas de prevalências de TB observadas universalmente em prisões. Primeiramente, os prisioneiros têm um risco mais elevado de ser infectados com TB do que a população geral. Eles são predominantemente adultos jovens, do sexo masculino, provenientes de estratos em desvantagem socioeconômica e com baixo nível educacional. Em segundo lugar, eles têm maiores taxas de fatores de risco e/ou de estilo de vida que os predispõem ao desenvolvimento de TB ativa, uma vez infectados. Por exemplo, os prisioneiros têm maiores prevalências de infecção pelo HIV e de uso de drogas injetáveis do que a população geral, fatores que contribuem para aumentar a probabilidade da coinfeção TB/HIV e a progressão de TB latente para TB ativa. Finalmente, as condições do meio ambiente dentro das prisões podem facilitar a disseminação da TB, tais como a superlotação, ventilação inadequada, condições inadequadas de higiene e de nutrição, além da dificuldade de acesso a serviços de saúde (LE MOS, MATOS, BITTENCOURT, 2009, p. 67).

Lima (2015), dissertou sobre as várias estratégias para o controle da tuberculose no ambiente prisional, por meio de uma análise sistemática. Esse estudo de revisão concluiu que existem, no meio científico, várias estratégias para a detecção e controle da tuberculose nas prisões, apesar de ainda ser necessário o seu desenvolvimento.

Portanto, fica evidente a relevância que a matéria da tuberculose no cárcere tem como questão de saúde pública, por ser o ambiente prisional um espaço de risco de contaminação, devido a todos os fatores supracitados.

## **5 CONCLUSÃO**

Verificou-se que há carência de serviços de atendimento à saúde e condições ambientais insalubres, e que tais fatores estão ligados a alta incidência de tuberculose no cárcere. Está confirmada a violação de direitos humanos no cárcere quanto à falta de condições básicas para se evitar a incidência de doenças contagiosas, ou seja, o ambiente insalubre do cárcere afeta a saúde das pessoas institucionalizadas.

É necessária a efetivação de políticas públicas voltadas para a saúde no cárcere, uma vez que o Estado tem o devido poder legal de amparo à estas pessoas e pelo Brasil ser signatário dos direitos humanos à saúde, inclusive de pactos realizados com a OMS como o pacto de Cairo e Beijing.

Nesse sentido, tem-se que, pelo ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde qualifica-se como direito fundamental, desse modo, positivado pela Constituição de 1988, sendo necessária sua efetivação para todos os seus destinatários, incluindo, portanto, a população encarcerada.

A saúde, como direito, no contexto do sistema prisional, tem várias implicações, por tratar de pessoas em situação de vulnerabilidade. Uma dessas implicações é o contágio pela tuberculose, que foi escolhida por ser uma doença que ainda é incidente no ambiente carcerário, além de ser agravada por fatores que podem afetar o sistema imunológico, causados pelo poder da institucionalização sobre o encarcerado. Espera-se que o tema não seja esgotado aqui, sendo este trabalho o início da construção desta discussão no âmbito do direito.

O indivíduo que comete um crime, e, portanto, sujeita-se à punição do Estado, deveria sofrer tal medida restaurativa apenas na forma da privação da liberdade, e, inclusive, com possibilidades de reintegração efetiva na sociedade. O que se verificou foi que, além da privação de liberdade, o indivíduo é punido com restrições severas a sua capacidade de sobrevivência, já que é exposto às doenças contagiosas, às condições insalubres, à carência na prestação de serviços de saúde. A exposição dos encarcerados a esse descaso institucional viola, sem dúvida, a Constituição, a Lei Penal, e inclusive, a Lei de Execução Penal, além de ser uma grave violação de direitos humanos em âmbito internacional. O Estado tem a responsabilidade por aquelas pessoas que encarcera, e a conclusão deste trabalho é que, pelo menos, no âmbito da saúde, essa responsabilidade é negligenciada, ou seja, a qualidade de vida dessas pessoas é tratada com descaso.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. A saúde como direito de todos e dever do estado: o papel dos poderes executivo, legislativo e judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil. In: AITH,

Fernando et al. **Direito sanitário saúde e direito, um diálogo possível**. Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública do Estado de Minas Gerais, 2010. p. 73-106.

BELLIN, E. et al. Homens apenas e mulheres presas: estudos sobre mulheres de presos. **Psicologia & Sociedade**, v. 18, p. 48-54, 2003.

BRAGA, A. G. M. **Preso pelo estado e vigiado pelo crime**: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 240 p.

BRASIL. Ministério da Justiça e Ministério da Saúde. Portaria interministerial nº 1.777, de 9 de setembro de 2003. Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_civel/cadeias/pe\\_legislacao/2003Portaria1777.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_civel/cadeias/pe_legislacao/2003Portaria1777.pdf)>. Acesso em: 1 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Portaria nº 482, de 1 de abril de 2014. Institui normas para a operacionalização da Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <[http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0482\\_01\\_04\\_2014.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt0482_01_04_2014.html)>. Acesso em: 1 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **CPI-Sistema Carcerário Brasileiro**: relatório final. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. 380 p. Disponível em: <<http://livraria.camara.leg.br/cpi-sistema-carcerario-brasileiro-relatorio-final.html>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Planalto, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

CÚNICO, S. D.; JESUS, L. O. de. Políticas sociais de saúde voltadas à população prisional brasileira. **Physis - Revista de Saúde Coletiva**, v. 25, n. 3, p. 905-924, 2015.

DALLARI, S. G.; NUNES JÚNIOR, V. S. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

FERREIRA, M. C. **Necessidades humanas, direito à saúde e sistema penal**. 2008. 139 f. Dissertação (Mestrado em Política Social)-Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

LEMOS, A. C. M.; MATOS, E. D; BITTENCOURT, C. N. Prevalência de TB ativa e TB latente em internos de um hospital penal na Bahia. **Jornal Brasileiro de Pneumologia**, São Paulo, v. 35, n. 1, p. 63-68, jan. 2009. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S180637132009000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180637132009000100009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 26 maio 2017.

LIMA, M. C. R. A. d'A. de. **Estratégias para o controle da tuberculose no sistema prisional**: revisão integrativa da literatura. 2015. Dissertação (Mestrado em Enfermagem em Saúde Pública) -Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias INFOPEN**: junho 2014. [S.l.]: Ministério da Justiça, 2014a.

\_\_\_\_\_. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN**: dezembro 2014. [S.l.]: Ministério da Justiça, 2014b.

NOGUEIRA, P.A.; ABRAHAO, R. M. C. M. A infecção tuberculosa e o tempo de prisão da população carcerária dos distritos policiais da zona oeste da cidade de São Paulo. **Revista Brasileira de Epidemiologia**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 30-38, mar. 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (Org.). **Global tuberculosis report 2016**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2006. Disponível em: <<http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/250441/1/9789241565394-eng.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

ROCHA, J. C. de S. da. **Direito da saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 125-172, 2008.

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional. Emenda Constitucional nº 48, de 10 de 08 de 2005. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2005.

## Capítulo 9

### **VIOÊNCIA E MARGINALIZAÇÃO NO SISTEMA CARCERÁRIO: estudo dos efeitos sócio-políticos do encarceramento**

VIOLENCE AND MARGINALIZATION ON THE PRISION SYSTEM: study on the effects sociopolitical from imprisonment

*Giovana de Castro Resende Franco*<sup>1</sup>  
*Filipe Regne Mamede*<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Apesar da inegável evolução vivenciada na realidade penal desde o século XVI, em que supliciávamos, vingativamente, aqueles que praticavam delitos, nosso sistema carcerário se mantém uma realidade intolerável. Sem aplicar adequadamente o evoluído quadro principiológico e normativo dos direitos fundamentais, o sistema carcerário configura-se em instrumento de exclusão, violência e marginalização. Definitivamente ainda há um longo caminho a traçar até alcançarmos a humanização de nossas penas. Atualmente o sistema carcerário brasileiro vive em estado alarmante, superlotado, insalubre, mal organizado e violento. O presente artigo visa abordar os diversos impactos causados pelo sistema do ponto de vista político-constitucional, o tema da reforma carcerária vem sendo adiado permanentemente, o que apenas agrava a situação geral e torna urgente uma guinada no paradigma sob o qual são tratados os presos e egressos, bem como os reflexos destes impactos perante a sociedade. Muito até aqui já se analisou sobre os impactos do caos carcerário ao preso e ao egresso do sistema, bem como sobre a economia. Porém, podemos perceber uma lacuna no tratamento político da questão, abordando os efeitos sofridos pela sociedade, decorrentes do que se poderia caracterizar como um empobrecimento político.

**Palavras-chave:** Finalidades da pena. Encarceramento. Marginalização.

---

<sup>1</sup> Nova Faculdade, Contagem/MG, Professora de Graduação em Direito – giovannacastrofranco@gmail.com.

<sup>2</sup> Nova Faculdade, Contagem/MG, Coordenador e Professor do curso de Graduação em Direito – frmamede@gmail.com.

## ABSTRACT

Despite the undeniable evolution faced on criminal reality since the 16th century, those who committed crimes were revenged badly, our prison system has been kept under an unbearable situation. Without applying appropriately principles and rules from the fundamental rights, the prison system denotes an exclusion instrument, violence and marginalization. Definitely, there is a long way to go until we reach the humanization of our penalties. Nowadays, the Brazilian prison system has been constantly under an alarming, overcrowded, unsanitary, disorganized and violent situation. This article deals with the different impacts caused by the system from the political constitutional point of view, that has postponed an urgent jail reform, what makes unbearable the whole situation breaking paradigms about how these egresses and inmates are being kept, it also includes the impact on the society. Very little has been done about the egresses and inmates although much has been analyzed over these impacts on them and toward the economy. However, we can notice a gap on the political treatment and the effects suffered by society, due to an impoverishment political.

**Keywords:** Purpose of punishment. Imprisonment. Marginalization.

## 1 INTRODUÇÃO

Analisar a questão da punição dos desviantes na sociedade é uma tarefa sofrida para aqueles que possuem, ainda que minimamente, um senso de empatia humana. Fica aparente que, desde há muito, destilamos todo nosso ódio e violência ao punir aqueles que fogem ao nosso código binário de condutas aceitáveis. Neste *jogo humano* de traçar, e impor, o lícito e o ilícito, tantos, culpados ou não, sofreram a temível mão sancionadora.

Não se pode dizer que não evoluímos neste aspecto, mas definitivamente ainda há um longo caminho a traçar até alcançarmos a humanização de nossas penas. Atualmente o sistema carcerário brasileiro vive em estado alarmante, superlotado, insalubre, mal organizado e violento.

Aqueles que de lá conseguem sair, saem marcados permanentemente pelas experiências que lá tiveram e pelo estigma social de egresso do sistema penal. Destes, 70% acabam por retornar à vida do crime, seja no ponto em que pararam antes de

encarcerados ou, às vezes, promovidos a novas funções e maior envolvimento nas hierarquias das facções criminosas.

Por lidar com os destinos daqueles tidos como marginais, o tema da reforma carcerária vem sendo adiado permanentemente, o que apenas agrava a situação geral e torna urgente uma guinada no paradigma sob o qual são tratados os presos e egressos.

O presente trabalho, através de uma revisão bibliográfica, se dá com o intuito de adicionar uma visão própria ao já consistente discurso doutrinário sobre o cárcere. Muito até aqui já se analisou sobre os impactos do caos carcerário ao preso e ao egresso do sistema, bem como sobre a economia. Porém, podemos perceber uma lacuna no tratamento político da questão, abordando os efeitos sofridos pela sociedade, coletivamente, decorrentes do que se poderia caracterizar como um empobrecimento político.

## **2 RELATO ACERCA DAS PENAS E A EVOLUÇÃO DO DIREITO**

Foucault (2005, p. 40), em uma compreensiva análise histórica das penas, nos dá vários exemplos marcantes de como puníamos, dentre os quais podemos destacar uma sentença de 1772:

Uma criada de Cambrai, que matara sua senhora, é condenada a ser levada ao lugar do suplício numa carroça 'usada para retirar as imundícies em todas as encruzilhadas; lá haverá uma forca a cujo pé será colocada a mesma poltrona onde estava sentada a senhora Laleu, sua patroa, quando foi assassinada; e sendo colocada lá, o executor da alta justiça lhe cortará a mão direita e em sua presença a jogará ao fogo e lhe dará imediatamente depois quatro facadas com a faca utilizada por ela para assassinar a senhora Laleu, a primeira e a segunda na cabeça, a terceira no antebraço esquerdo, e a quarta no peito; feito o que, será pendurada e estrangulada na dita forca até a morte; e depois de duas horas seu cadáver será retirado, e a cabeça separada ao pé da dita forca sobre o dito cadafalso, com a mesma faca que ela utilizou para assassinar sua senhora, e a cabeça exposta sobre uma figura de vinte pés fora da porta da dita Cambrai, junto ao caminho que leva a Douai, e o resto do corpo posto num saco, e enterrado perto do dito poste, a dez pés de profundidade.

Para o leitor contemporâneo a medida soa torturante, indigna. À época, porém, medidas como a citada eram comuns, muitas vezes ainda mais horrendas, e eram justificadas com uma lógica própria. Tratava-se de uma verdadeira *liturgia penal*,

visando ao *fechamento do ciclo*: “da tortura à execução, o corpo [do supliciado] produziu e reproduziu a verdade do crime” (FOUCAULT, 2005, p. 41). No caso citado, esta ótica se faz bem clara ao percebermos a determinação do magistrado de que se use no suplício *a mesma poltrona*, ou o ato de cortar e queimar a mesma mão da supliciada que tinha usado para cometer o crime, ou mesma a meticulosa quantidade e localização das facadas a lhe serem impingidas. Havia, neste espetáculo sancionador, um *código jurídico da dor* ou, talvez, uma *arte quantitativa do sofrimento*. O suplício “não se abate sobre o corpo ao acaso ou em bloco; ela é calculada de acordo com regras detalhadas: número de golpes de açoite, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda (...), tipo de mutilação a impor” (FOUCAULT, 2005, p. 31).

Já no início do século XVI, porém, inicia-se um movimento de profundas mudanças, que vai se impondo lentamente na transformação dos modos pelos quais optamos ao punir. Com um certo desenvolvimento financeiro da sociedade, passou-se a ver o valor potencial do aparelho repressivo. “O interesse por explorar o trabalho do preso, enquanto durasse a pena, passou a ser a principal meta.” (HAMMERSCHMIDT; GIACOIA, 2013, p. 5). Para além do uso forçado da mão de obra barata representada pelos encarcerados, também não haveria mais justificativa razoável para os suplícios, já que aqueles que culminassem na morte do supliciado eliminava um “elemento da produção”, e mesmo os suplícios que fossem apenas mutilantes, afastavam aquele apenado do sistema de produção.

Foucault (2005), por sua vez, situa este período reformista das sanções penais um pouco mais tarde. Segundo suas lições, é entre o fim do século XVIII e o início do século XIX que surge uma nova justificação moral ou política das penas, redistribuindo na Europa e nos Estados Unidos toda a economia do castigo. É neste período, inclusive, que vemos publicado o grande tratado de Beccaria, *Dos Delitos e das Penas*, cuja crítica aos suplícios e às absurdas práticas punitivas de sua época retumbam até o presente. Publicada originalmente em 1764, a obra prima de Beccaria (2002, p. 92-101) coloca em xeque toda uma cultura até então vigente:

Ante o espetáculo dessa profusão de suplícios que jamais tornaram os homens melhores, eu quero examinar se a pena de morte é verdadeiramente útil e se é justa num governo sábio. Quem poderia ter

dado a homens o direito de degolar seus semelhantes? Esse direito não tem certamente a mesma origem que as leis que protegem. (...) O Assassínio, que nos aparece como um crime horrível, nós o vemos cometer friamente e sem remorso.

Nesta época a lógica dos suplícios vinha rapidamente sendo questionada e derrubada através do globo, por diversos movimentos reformistas. Já se associava, como se viu em Beccaria, a barbárie dos suplícios ao próprio crime que tentava punir, considerando que aqueles, por vezes, ultrapassavam o delito em selvageria. Buscavam, então, a supressão do espetáculo punitivo e da liturgia penal calculada dos suplícios, substituindo tais condutas por uma execução autônoma e burocrática das penas, tirando das mãos dos magistrados o vil ofício de castigadores. A tese do domínio próprio sobre o corpo, ainda, ensejava a busca pela anulação da dor e do sofrimento como elementos constitutivos da pena. Voltando ao magistério de Foucault (2005) “o castigo passou de uma arte das sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos.”, prosseguindo ao descrever que:

[...] um exército de técnicos veio substituir o carrasco, anatomista imediato do sofrimento: os guardas, os médicos, os capelães, os psiquiatras, os psicólogos, os educadores; (...) eles lhe garantem que o corpo e a dor não são os objetos últimos de sua ação punitiva.” Assim é que, seguindo o marco acima traçado, percebemos neste período reformista - entre os séculos XVII e XVIII - não apenas uma redução na intensidade da aplicação de penas, mas uma mudança em seus objetivos. “À expiação que tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.” Citando Mably, o princípio decisivo seria “que o castigo, (...) fira mais a alma que o corpo (FOUCAULT, 2005, p. 18).

Esta aproximação promovida entre a alma do apenado e a estrutura de justiça criminal e sancionamento penal, como veremos, não se trata de medida positiva, em absoluto, apesar de ter significado, principalmente à época de sua introdução, um importante movimento em prol da humanização das relações penais. Não se tratava mais de apenas um corpo, como qualquer outro, a ser retribuído no “mal” que tenha ocasionado

Não mais simplesmente: ‘o fato está comprovado, é delituoso?’ Mas também: ‘o que é realmente esse fato, o que significa essa violência ou esse crime? Em que nível ou em que campo da realidade deverá ser colocado? Fantasma, reação psicótica, episódio de delírio, perversidade?’ Não mais simplesmente: ‘quem é o autor?’ mas: ‘como citar o processo causal que o produziu? Onde estará, no próprio autor, a

origem do crime? Instinto, inconsciente, meio ambiente, hereditariedade?’ Não mas simplesmente: ‘que lei sanciona esta infração?’ Mas: ‘que medida tomar que seja apropriada? Como prever a evolução do sujeito? De que modo será ele mais seguramente corrigido?’(FOUCAULT, 2005, p. 20-21).

Contudo, não apenas pelas reformas penais foi marcado este período histórico. Comparato (2013), em sua respeitada *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*, indica o surgimento de uma *crise da consciência europeia* no século XVII, proporcionando impactos nos paradigmas até então adotados nos campos da ciência, da arte e da literatura e também da política<sup>3</sup>.

A filosofia via nascer e expandir-se o Grande Racionalismo Clássico, através de nomes como Francis Bacon, Descartes, Hobbes, Espinosa, dentre outros, marcado pelo tom de racionalismo e reforma social, superando os paradigmas oriundos do período medieval e entrando em uma nova fase do pensamento e da consciência humana. No século XVIII este movimento culmina no Iluminismo, partindo da consideração dos poderes da razão humana para a evolução e progresso da humanidade (CHAUI, 1997). Dos tantos pensadores Iluministas que proclamavam suas ideias à época, ganhavam força pensamentos de liberdade e igualdade entre todos os homens, mudando radicalmente os fundamentos da realidade política e encubando movimentos que eclodiriam nas duas principais revoluções do período.

Em 1776, logo após a Independência Americana, “o bom povo da Virgínia” fazia publicar a Declaração que, nas lições de Comparato (2013, p. 62), “constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História”. Pouco tempo depois, baseando-se nas mesmas ideias, eclode na França, talvez, o mais importante movimento revolucionário da Europa moderna. Da Revolução Francesa herdamos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e a Constituição Francesa de 1795, ambos documentos extremamente relevantes na definição do marco histórico para um

---

<sup>3</sup> Segundo o autor, neste período a Inglaterra viveu uma série de movimentos contra a Monarquia, que fizeram renascer as ideias republicanas e democráticas, como a rebelião dos Levellers e a Revolta capitulada por Oliver Cromwell, direcionando ao Parlamento a garantia das liberdades civis e a limitação do poder monárquico. Neste período surgem importantes instrumentos normativos garantidores de liberdades, como o Bill of Rights, o Habeas Corpus Act, dentre outros.

movimento de crescente afirmação, expansão e consolidação dos direitos fundamentais<sup>4</sup>.

Já no nascedouro de tais movimentos, vemos uma preocupação com a persecução penal e a proteção dos direitos humanos daqueles que se encontram frente ao *Estado Acusador*. Na Declaração da Virgínia, por exemplo, há menção ao princípio da *nulla poena sine lege*, da presunção de inocência e do devido processo legal, através das garantias de contraditório, ampla defesa, dentre outras, além da vedação às penas cruéis ou desumanas. Proteções que vemos reproduzidas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, além da previsão, ainda que embrionária, de uma concepção de equidade punitiva e direito penal mínimo.

Não tardou para o movimento atracar em terras tupiniquins e, após a independência brasileira, a Constituição do Império de 1824 já positivava uma série de liberdades individuais em seu texto, aderindo à onda inicial de consolidação dos direitos humanos. Também aqui notamos proteções voltadas à persecução e execução criminal, como a vedação a sanções arbitrárias, proibição de penas cruéis e degradantes, princípios do devido processo legal, da legalidade e da individualização da pena. Cabe aqui, inclusive, menção especial à preocupação da Constituição Imperial com as condições em que seriam executadas as medidas de privação de liberdade, determinando que “As Cadêas serão seguras, limpas, ou bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstâncias, e natureza dos seus crimes.”<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Para Gregorio Peces Barba (1987 apud BOBBIO, 2004, p. 47), na obra *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, três processos de evolução na história dos direitos humanos podem ser indicados: (i) conversão em direitos positivos; (ii) generalização; e (iii) internacionalização. Com a Independência Americana e a Revolução Francesa foram colocadas as bases para um movimento global de positivação dos direitos fundamentais, notadamente daqueles que intitulamos de 1ª geração, vinculados ao valor central da liberdade, da emancipação do ser humano face às forças do Estado Absolutista então vigente.

<sup>5</sup> O Título 8º da Carta tratava sobre as “Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros”, compreendidas tais garantias, principalmente, no art. 179, incisos IX, X, XI, XIII, XIX, XX e XXI.

### 3 O SISTEMA PRISIONAL E SEUS LIAMES CONSTITUCIONAIS

De lá para cá, oscilamos entre documentos autoritários e democráticos, culminando na atual Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã e aclamada como um documento progressista e amplamente orientado pela valorização central da dignidade humana e proteção efetiva dos direitos humanos. Neste novo sistema constitucional, o tratamento criminal obteve atenção mais integral e robusta que os anteriores, ensejando, inclusive, uma compreensão instrumental dos ramos de Direito Penal Material e Processual aos propósitos humanizantes da Constituição. Nesses termos assevera Helena Schiessl Cardoso (2014, p. 635), “assim como o Direito Penal material, também o Direito Processual Penal encontra seu fundamento legitimante na proteção máxima dos direitos e das garantias individuais do cidadão consagrados na Constituição”.

Daí decorre que não basta a mera garantia de acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, inciso XXXV da CF 88 (BRASIL, 1988), ou o princípio do juiz natural, aposto nos incisos XXXVII, XXXVIII e LIII, exige-se a figura de um juiz imparcial, expectador da ação processual das partes envolvidas, porém ativo defensor da máxima efetividade do sistema de garantias constitucionais.

Neste sistema vemos os princípios da legalidade e culpabilidade como pressupostos do crime e da sanção (Art. 5º, incisos XXXIX e LVII), devendo presumir-se inocente o acusado até a conclusão do processo penal. Desta presunção decorre o que se convencionou chamar *regra da não prisão*, disposta nos incisos LXI, LXII, LXV e LXVI, buscando evitar e coibir o uso excessivo e descuidado de prisões provisórias. Via de regra, a prisão apenas se dará após o pleno transcurso de processo penal que atenda à principiologia do devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV), garantindo-se ao acusado a ampla defesa e o contraditório (Art. 5º, inciso LV) e afastada a possibilidade de utilização de provas obtidas por meios ilícitos (Art. 5º, inciso LVI), além da obrigatoriedade de toda decisão se colocar de forma fundamentada (Art. 93, inciso IX) e, comportando exceções, pública (Art. 5º, inciso LX).

A pena, quando venha a ser imposta, não poderá passar da pessoa do condenado (Art. 5º, inciso XLV) e exige individualização (Art. 5º, incisos XLVI e XLVIII)<sup>6</sup>, sendo vedadas penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis (Art. 5º, inciso XLVII). Tais preocupações com a individualização da pena, como incidências diretas da centralidade da dignidade humana dos presos, são manifestações próprias do que Zaffaroni e Pierangeli (2011) denominam *princípio de humanidade*, segundo o qual as penas não podem, em hipótese alguma, constituírem-se em impedimento físico permanente ou consequência jurídica indelével do delito. Assim, também vemos ligadas a este princípio a proteção contra a tortura e aos tratamentos desumanos e degradantes (Art. 5º, inciso III), bem como a garantia de integridade física e moral dos presos (Art. 5º, inciso XLIX).

#### **4 OS EFEITOS DA VIOLÊNCIA E MARGINALIZAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL**

Não se pode dizer, porém, que os efeitos nefastos da violência e marginalização verificáveis no sistema prisional brasileiro estão deixados à obscuridade. Desde há muito a doutrina vem criticando os graves problemas e falhas do sistema e os malefícios sociais decorrentes. Goffman (1987, apud HAMMERSCHMIDT; GIACOIA, 2013, p. 5), partindo de um estudo sobre o que denominou instituições totais<sup>7</sup> identifica fatores responsáveis por um processo de mortificação “mediante a separação do exterior e por meio de processos de desfiguração e contaminação, produz mudanças progressivas nas crenças que o sujeito internado tem sobre si mesmo e sobre os outros, atuando como uma mutilação do eu.”

Segundo Goffman (1987, apud HAMMERSCHMIDT; GIACOIA, 2013, p. 5): i) o primeiro fator é o da desculturação, pelo qual o sujeito restaria incapacitado ao retorno

---

<sup>6</sup> A individualização da pena deve ser operada desde a fase legislativa, com a tipificação em abstrato da pena e dos critérios de sua fixação, passando pela fase judicial e a definição, em concreto, da pena adequada ao caso analisado, e culminando na individualização executória, que exige um “programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado”, cumprimento em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito e características do apenado, bem como a progressão ou regressão entre regimes de condenação.

<sup>7</sup> Instituições nas quais um grande número de indivíduos, geralmente isolados da sociedade, residem e trabalham diariamente sobre forte controle administrativo, podendo aí se enquadrar, além dos presídios, os manicômios, asilos, internatos e etc.

social dada a perda do sentido de realidade e a perda de autonomia diária; ii) a mutilação do EU, gerada pela separação do indivíduo de todos os elementos que o identificavam no convívio em sociedade, como funções ou atividades que exercia, além da perda de status social; iii) daí decorreria uma alta tensão psíquica; iv) a criação de um indivíduo em “estado de dependência infantil”, gerado pelo forte controle de rotina e conseqüente perda de autonomia e autodeterminação; v) a sensação permanente de tempo perdido, ou roubado; vi) o surgimento de atitudes egoístas e individualistas; vii) finalizando com a estigmatização, marca indelével imposta pela sociedade àqueles egressos do cárcere.

O conjunto destes fatores, combinados às práticas lesivas encontradas em instituições carcerárias hodiernas, são, talvez, a causa maior dos altos índices de reincidência e aumento da criminalidade. Marginalizado e violentado diariamente, o apenado passa a aceitar a visão que sobre ele incide, vinda da sociedade que o exclui, e a criação desta auto-percepção estigmatizada é causa para um processo de segregação de todo um grupo. Excluído da sociedade dita “normal”, os indivíduos pertencentes a esta nova “classe de excluídos” acaba por se afastar de uma ressocialização e se aproximar de uma sociedade “diferente”, existente à margem, auto-excludente e não receptiva dos modos operacionais sociais regulares (ALVES, 2013).

O sistema acaba por beneficiar, portanto, apenas aqueles que há muito já lidam nesta contra-sociedade marginal, que se aproveitam das circunstâncias para aliciar indivíduos ainda não completamente marginalizados, porém em situação de extrema vulnerabilidade. Imagine-se uma pessoa, presa em decorrência de um delito culposo ou ocasional/circunstancial, desculturada dos padrões sociais e marginalizada pelo estigma de prisioneiro, sem senso de identificação com o seu “eu” anterior ao delito e acometido de um sentimento individualista forte, além do estado de dependência que adquiriu na instituição total carcerária. Têm-se, aqui, um indivíduo que, ainda que com chances reais de ser ressocializado e reintegrado à comunidade, acaba forçado ao sub-mundo do crime. Tratar-se-ia, talvez, de um certo senso de sobrevivência a qualquer custo e independente de tudo e de todos (compreendendo-se o tudo e o todos como expressão da sociedade normal).

Agravando este conjunto de fatores, antes mesmo de vir a ser encarcerado, o indivíduo que mencionamos no exemplo já pertencia, provavelmente, a uma classe social excluída, seja economicamente, culturalmente ou geograficamente, agravando e acelerando, em muitos casos, a aceitação do indivíduo de seu novo enquadramento social e sua identificação com o grupo de estigmatizados com que passa a conviver no cárcere.

Assim é que, considerado face ao encarcerado ou ao egresso, o sistema penitenciário não serve a ressocializar, já que ninguém aprende a viver em liberdade quando privado dessa, mas apenas a castigar (HAMMERSCHMIDT; GIACOIA, 2013). Ainda mais, para além de não devolver o indivíduo, adequadamente, ao convívio social, acaba por produzir uma contra-cultura marginalizada e tendenciosa ao crime, de forma mais violenta e irascível, produto dos tratamentos vivenciados durante o isolamento. Assim é que, nas palavras de Alves (2013, p. 13) “quando o cárcere se esgota pelas suas próprias mazelas e miserabilidade, chega-se à nudez da realidade de todo o sistema carcerário; logo, não há escolha que a sua própria extinção.”

Mesmo Foucault (2005, p. 95), lembrando a crítica de diversos reformadores, diz sobre a prisão:

Não cobre todo o campo da penalidade com a duração como único princípio de variação. Melhor, a ideia de uma reclusão penal é explicitamente criticada por muitos reformadores. Porque é incapaz de responder à especificidade dos crimes. Porque é desprovida de efeito sobre o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios.

Cria-se, portanto, através de nossos mal pensados sistemas penal e carcerário, um ciclo pernicioso para o apenado, para a sociedade e, principalmente para a democracia e a república. Neste ciclo de perpétua exclusão e progressiva dessocialização de determinadas camadas sociais, vemos a qualidade geral de vida debandar e perder-se em aumento da violência e da marginalização, além do consequente empobrecimento político daquela sociedade.

## **5 CONCLUSÃO**

De toda a revisão de literatura e propostas argumentativas até aqui desenvolvidas, uma série de conclusões podem ser indicadas. Primeiramente, há de se

reconhecer o avanço proporcionado no sistema penal pela evolução das penas entre os séculos XVII e XVIII que, apesar de não caminharem a um modelo ideal, superaram a concepção meramente corpórea do indivíduo desviante, revertendo as sanções supliciantes que se lhe impingiam a sanções voltadas à sua alma, primariamente através da privação de liberdade.

Contudo, neste mesmo período evidenciamos o início de uma notável evolução global na compreensão, justificação e positivação dos direitos humanos, com impactos marcantes no tratamento normativo destinado aos acusados e/ou encarcerados, buscando a humanização do tratamento de tais indivíduos. Neste aspecto, infelizmente, tal legislação progressista e avançada não vê coro na realidade, demonstrando o enorme destacamento entre as previsões normativas e a realidade aviltante das prisões no Brasil.

Prisões superlotadas, que promovem o convívio indistinto entre presos pelos mais diversos crimes e diferentes graus de periculosidade, em ambientes insalubres e indignos, estimulam práticas violentas e marginalizantes não apenas pelos apenados mas também pelos agentes penitenciários, instaurando um ambiente nada propício ao que deveria ser o verdadeiro propósito das penas, qual seja, a ressocialização.

Ao contrário, o que ocorre é uma dessocialização e exclusão dos apenados e dos egressos deste sistema odioso que, se não submetido a uma reforma ampla e estrutural, pode provocar diversos impactos negativos, não apenas sobre os presos mas também sobre a sociedade como um todo.

Desta forma, existem os impactos sobre os apenados, que passam por um processo de mortificação e desindividualização, internalizando o estigma de presidiários em caráter quase perpétuo, facilitando, muitas vezes, seu regresso ao crime após saírem do sistema prisional. Ademais, percebemos os diversos riscos sociais, principalmente no aumento geral da criminalidade e da violência verificados, além dos diversos e sempre crescentes gastos com um sistema falido e ineficiente.

Por fim, e como maior risco social indicado, há um processo pernicioso de empobrecimento político gerado pelo cárcere sobre seus egressos e que, lentamente, contamina determinados extratos sociais. À medida que aumenta este movimento, presenciamos os efeitos de desvinculação e insensibilização face às instituições

jurídicas e ao ordenamento jurídico, marcados pela descrença na capacidade do Direito de regulamentar adequadamente o convívio e proteger a todos, igualmente, dos abusos e injustiças.

Culminando em uma arriscada e ampla erosão do sentimento constitucional, apresentam-se riscos diversos de facilitação dos abusos por autoridades no poder, não combatidas pela descrença geral no sistema jurídico, bem como percebemos um aumento no individualismo e auto-exclusão, criando-se uma contracultura oposta aos meios tradicionais do sistema jurídico. Por fim, e em termos absolutos, este movimento pode culminar numa completa desestabilização social e constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Paula Pereira Gonçalves. **Da inclusão perversa à seletividade secundária do Controle Penal**: o processo de exclusão social e seus efeitos na identidade do preso. 2013. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1a26a28c4beba1bd>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Madra Editora, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 3 jul.2017.

CARDOSO, Helena Schiessl. Justiça constitucional, sanção penal e sistema prisional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional Brasileiro**: teoria da Constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora RT, 2014.

CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HAMMERSCHMIDT, Denise; GIACOIA, Gilberto. **A realidade carcerária**. 2013. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=15>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

## Capítulo 10

### **O SISTEMA DE PRECEDENTES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: uma análise histórico-conceitual e quantitativa**

THE SYSTEM OF PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN JURIDICAL ORDER: a historical-conceptual and quantitative analysis

*Aline de Azevedo da Silva*<sup>1</sup>

*Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino*<sup>2</sup>

#### **RESUMO**

Nos últimos anos, percebe-se uma mudança na percepção do ordenamento jurídico pátrio com as suas fontes normativas e a adoção gradativa de maior importância às decisões judiciais como fonte do direito, procedendo-se a mudanças conceituais-doutrinárias e legislativas acerca do estudo desta fonte e sua aplicação no ramo da teoria das fontes do direito. Busca-se no presente trabalho analisar a implantação do sistema de precedentes obrigatórios pelo Novo Código de Processo Civil que consagrou em diversos de seus dispositivos esse método, como também expor os conceitos doutrinários que norteiam a teoria do precedente judicial, além de identificar quantitativamente as decisões do Supremo Tribunal Federal que têm eficácia vinculante. O presente trabalho desenvolve uma pesquisa relacionada à área do Direito, utilizando como método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento o histórico-comparativo. A técnica de desenvolvimento da investigação utilizada foi a documentação indireta, englobando a pesquisa exploratória, quantitativa, documental e levantamento bibliográfico.

**Palavras-chave:** Precedentes judiciais. Novo código de processo civil. Eficácia vinculante.

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito na Universidade Federal do Maranhão (UFMA)

<sup>2</sup> Professora Adjunta do Departamento de Direito (UFMA). Coordenadora de Estágio Supervisionado do Curso de Direito (UFMA). Membro da Comissão da Mulher do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB nacional). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Mestre e Doutora em Políticas Públicas (UFMA). Advogada.

## ABSTRACT

In recent years, there has been a change in the perception of the legal order of the country with its sources and the gradual adoption of greater importance to judicial decisions as a source of law, proceeding to conceptual-doctrinal and legislative changes. We seek to analyze the implementation of the system of obligatory precedents by the New Code of Civil Procedure that consecrated in several of its devices this method, as well as to expose the doctrinal concepts that guide its theory, as well as to quantitatively identify the decisions of the Federal Supreme Court that have binding efficacy. The present work develops a research related to the area of Law, using as method of approach the deductive and procedure method the historical-comparative. The development technique of investigation used was the indirect documentation, comprising exploratory, quantitative, documentary research and bibliographic surveys.

**Keywords:** Judicial precedent. New code of civil procedure. Binding efficacy.

## 1 INTRODUÇÃO

O sistema de precedentes, desenvolvido no contexto da *common law*, visa possibilitar maior flexibilidade ao direito para que este acompanhe o mundo da vida, ao passo que é mecanismo que pretende ser apto a ensejar a celeridade processual. O respeito aos precedentes obrigatórios tem como consequência direta a previsibilidade das decisões judiciais, visto que o juiz de primeiro grau certamente deve seguir o precedente firmado e conhecido pela sociedade jurídica, com a condição que as questões de direito se coadunem ao caso sob análise, o que dissuade a propositura de demandas<sup>3</sup>.

Em uma análise histórica de sistemas jurídicos que adotam a *civil law*, é possível perceber um avanço na adoção de institutos que valorizam os entendimentos judiciais e lhes dão caráter vinculante hodiernamente, porém, apesar dos avanços da teoria da interpretação, com a influência do constitucionalismo contemporâneo, que demonstram que o juiz constrói uma norma jurídica para o caso concreto de acordo com suas

---

<sup>3</sup> Exemplifica Marinoni (2016, p. 135) que “a parte que se julga prejudicada quando tem conhecimento de que o Judiciário não ampara a sua pretensão certamente não tem razão para gastar tempo e dinheiro em busca de uma tutela jurisdicional que, de antemão, sabe que lhe será desfavorável.”

peculiaridades e a partir dos fundamentos e princípios constitucionais,<sup>4</sup> ainda subsiste o modelo de Corte atrelado ao formalismo interpretativo, que vê o juiz como apenas um declarador do sentido da lei e não atribui à Corte a função de dar sentido ao direito (MARINONI, 2016). Ainda, percebe-se uma notória resistência de aplicação de um sistema de precedentes obrigatórios por países de *civil law*, sob a afirmação de que tal modelo enrijeça o direito e seja incompatível com um sistema jurídico que adota apenas a lei como fonte principal do direito.

Nesse sentido, o presente trabalho tem o propósito de apresentar o sistema de precedentes, introduzido pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) que entrou em vigor no ano de 2016, expondo a influência direta deste instituto no processo civil brasileiro e ocasionando uma aproximação do ordenamento jurídico pátrio às regras típicas do sistema da *common law*, a exemplo do *stare decisis*, bem como analisar as decisões judiciais da Corte Constitucional brasileira que são erigidas ao *status* de precedente obrigatório, demonstrando a importância destas para a evolução do direito e a efetividade na resolução/pacificação do conflito. A análise do sistema de precedentes é de suma importância devido ao caráter moderno e inovador presente em seu desdobramento, além de existir uma necessidade notória de desmistificar o pensamento típico da *civil law*, no qual se baseia o direito brasileiro, que adota a lei como fonte principal do direito, tornando, desta forma, mais lento o seu processo de modernização que deve acompanhar as evoluções sociais.

Busca-se, ainda, analisar o sistema de precedentes a partir das inovações introduzidas pelo Novo Código de Processo Civil, que instituiu a força obrigatória de observância das decisões judiciais, consagrando o respeito aos precedentes em diversos dispositivos do texto legal, a exemplo dos artigos 926 e 927, bem como expor brevemente os conceitos doutrinários que norteiam sua teoria, além de identificar

---

<sup>4</sup> Nas palavras de Garapon (2001, p. 41), o juiz não deve se contentar apenas em aplicar a lei, mas também deve verificar sua conformidade com os princípios constitucionais e internacionais. “O juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se co-legislador permanente”. Nesse sentido, ainda, Aquino (2016) expõe os estudos do doutrinador Mauro Cappelletti que investiga o ativismo judicial a partir da criatividade da função jurisdicional e verifica se o juiz deve atuar como intérprete-aplicador do direito ou como partícipe da atividade legislativa. De acordo com a autora, o doutrinador italiano “compreende que a criatividade jurisdicional é inevitável nas sociedades democráticas e, ainda, aplicável aos sistemas jurídicos da *civil law* e *common law*..”

quantitativamente as decisões do Supremo Tribunal Federal que tem eficácia vinculante.

Assim, o presente trabalho desenvolve uma pesquisa relacionada à área do Direito, especialmente agregando como objeto de estudo ensinamentos do Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direito Comparado, utilizando como método de abordagem o dedutivo e método de procedimento o histórico-comparativo, analisando as contribuições da teoria do direito, bem como realizando um comparativo entre os sistemas do direito romano-germânico e *common law* e a aplicação de seus institutos no Brasil.

A técnica de desenvolvimento da investigação utilizada foi a documentação indireta, englobando a pesquisa exploratória, quantitativa, documental e levantamento bibliográfico a englobar a coleta de dados e discussões doutrinárias, obtidas em livros especializados, artigos publicados em revistas científicas e banco de dados *online*, principalmente no sítio do Supremo Tribunal Federal, compilando-se as decisões finais e com mérito julgado da Corte, que tem caráter de precedentes obrigatórios nos anos de 2008 a maio 2017 (LAKATOS, 2010).

## **2 A COMPATIBILIZAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES COM O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**

Os estudos de teoria geral do direito sempre apontaram e continuam apontando para uma diferenciação entre dois sistemas norteadores da história do direito ocidental, cada um com suas peculiaridades históricas, econômicas e filosóficas. Diferenciam-se também quanto à estrutura, as fontes principais do direito e quanto aos conceitos jurídicos. O sistema de tradição romano-germânica, também definido como *civil law*, é norteado pelo positivismo jurídico, cujas características marcantes são a sistematicidade e plenitude, concebendo a regra do direito a partir da lei (RENÉ, 2002). Nesse sistema, em uma acepção tradicional, o direito se traduz naquilo que está codificado, o que foi positivado pelo legislador.

Por outro lado, o sistema de tradição anglo-americana, *common law*, a partir do século XIX, se baseia notadamente no sistema de precedentes e *stare decisis* para alcançar estabilidade e abrangência, dando ao seu direito racionalidade e

previsibilidade, como forma de contrabalancear as inconsistências e particularidades oriundas do caso concreto.<sup>5</sup>

No direito contemporâneo, apesar das diferenças históricas e das diferentes teorias das fontes do direito entre os dois sistemas, percebe-se uma aproximação entre eles, com as contribuições do direito comparado na dimensão de sua utilidade para conhecer melhor os direitos externos e aperfeiçoar o direito nacional (RENÉ, 2002). Uma das mais importantes aproximações entre as duas jurisdições é a adoção do sistema de precedentes e do *stare decisis*, desenvolvido principalmente na *common law*, por países tradicionalmente de *civil law*,<sup>6</sup> não estando imune a essa influência o Brasil.

O ordenamento jurídico pátrio, que tem a lei como fonte principal do direito, paulatinamente, vem dando importância às decisões judiciais, principalmente aos entendimentos das Cortes Superiores, harmonizando seu sistema jurídico com institutos tipicamente estrangeiros que, em outros tempos, sequer teriam vez no cenário jurídico nacional. Essa evolução jurídica deve ser reconhecida e se justifica pelas vantagens, trazidas por um sistema que adota a eficácia vinculante a algumas decisões judiciais.

Por exemplo, o sistema de precedentes obrigatórios permite a evolução do direito de forma mais célere e simples, uma vez que as fundamentações adotadas num caso concreto podem pautar o mesmo entendimento em casos análogos posteriores, sem desconsiderar a lei que regula o caso concreto, mas que necessita de alguns ajustes, muitas vezes interpretativos, que são satisfeitos pelo sistema de precedentes.

Também aprimora a aplicação prática do princípio da segurança jurídica e da duração razoável do processo, pilares do ordenamento jurídico consagrados na Constituição Federal Brasileira de 1988. A segurança jurídica pressupõe a estabilidade e continuidade da ordem jurídica, sendo indispensável a um Estado Democrático de Direito. Deve-se tutelar a confiança do jurisdicionado nas decisões tomadas pelo Poder Judiciário, de modo a garantir-lhes previsibilidade e coerência. Tais atributos são

---

<sup>5</sup> René (2002) afirma que para construir o sistema de direito da *common law* foi necessário procurar a solução mais racionalizada, a qual era orientada pelo desejo de assegurar a coesão das decisões de justiça. Desta forma, desde a concepção da *common law*, busca-se relacionar o direito à razão para dar uma solução ao caso concreto justa, previsível e racional.

<sup>6</sup> A exemplo da França, Itália, Alemanha e países latino-americanos como o Brasil e a Argentina (RENÉ, 2002).

permitidos pela adoção de um sistema de precedentes que valoriza o dever de respeito e obediência às decisões judiciais capazes de dizer o direito, por meio da força vinculativa do precedente.

A duração razoável do processo, por sua vez, é satisfeita num sistema que respeita os precedentes obrigatórios, uma vez que os tribunais estão obrigados a decidir de acordo com as Cortes Supremas, sendo dispensável à parte chegar a esta instância para ter seu direito satisfeito, o que economiza tempo na entrega do bem da vida pelo Poder Judiciário, bem como otimiza o trabalho da administração da justiça, trazendo maior efetividade ao Poder Judiciário (MARINONI, 2016)<sup>7</sup>.

### **3 A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

#### **3.1 Mudanças na teoria da interpretação do direito brasileiro**

A adoção do sistema de precedentes e o reconhecimento da decisão judicial como fonte do direito traz diversas contribuições para o ordenamento jurídico que o adota, seja no âmbito de efetivação dos princípios constitucionais materiais e/ou processuais, seja no âmbito social e político de aceitação e confiança nas decisões emanadas pelo Poder Judiciário.

A multiplicidade de decisões divergentes sobre temas semelhantes e a mudança repentina da jurisprudência geram, para o jurisdicionado, imprevisibilidade sobre a interpretação da lei pelo Poder Judiciário, o que é extremamente nocivo para o Direito e para a sociedade (REDONDO, 2013).

O sistema de precedentes apresenta-se como uma alternativa para conferir maior estabilidade, harmonia e previsibilidade às decisões judiciais e,

---

<sup>7</sup> Em sentido contrário, enfatiza Carlos Henrique Soares e Antônio Aurélio de Souza Viana, ao argumentarem que em busca de uma “jurisdição-relâmpago” existem mecanismos que visam à padronização decisória de forma que os precedentes são aplicados indistintamente sem esbarrar na democrática exigência de uma fundamentação convincente. Ainda, expõem que “ao se estabelecer a padronização decisória pela vinculação obrigatória (e mecânica) aos precedentes, todos os litigantes seriam tratados de maneira exatamente igual”, além de criticar a suspensão de casos supostamente idênticos, a fim de aguardar o julgamento da tese jurídica de um precedente que pode ser aplicado a eles (SOARES; VIANA, 2014, p. 16-19).

consequentemente, ao direito, assegurando que casos semelhantes sejam resolvidos de um mesmo modo.

Nas palavras de Suárez (2012), a estabilidade deve ser entendida não como a quietude ou artrose do sistema jurídico, mas como duração no tempo das regras que ordenam a vida do sujeito em sociedade por respeito aos costumes e à confiança do cidadão.

Também, em aparente contradição, esse sistema assegura a mudança de paradigmas pré-concebidos no pensamento próprio à tradição de *civil law*, no sentido de que: a) a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica e; b) as decisões judiciais teriam um papel secundário na formação da regra do direito. Tais pré-conceitos estão sendo mitigados no direito contemporâneo, destacando-se nesse aspecto, as mudanças ocorridas na teoria da interpretação e também a utilização da técnica das cláusulas gerais<sup>8</sup>.

A interpretação do texto legislativo, no direito moderno, pauta-se precipuamente na valoração dos princípios constitucionais e se estende a mera declaração do texto da lei, cabendo ao juiz valorar a regra posta sob análise à luz da Constituição e de seus princípios vetores. Na mesma seara, o magistrado tem a incumbência de preencher os espaços deixados propositalmente pelo legislador quando da elaboração das cláusulas gerais, de modo a adaptar a norma às novas realidades e valores da sociedade.

Deste modo, permite-se a evolução do direito de acordo com a evolução social; evolução esta que a legislação não consegue acompanhar com a mesma rapidez que as decisões judiciais, uma vez que para que ocorra uma alteração legislativa, exige-se um trâmite muito mais demorado e complexo, com a elaboração de um anteprojeto, revisões normativas e, posteriormente, aprovação pelo Poder Legislativo. Tais

---

<sup>8</sup> A teoria da interpretação, antes das contribuições das doutrinas de Ronald Dworkin e Robert Alexy, poderia ser chamada de formalista ou cognitivista, na qual a interpretação resultaria numa descrição ou declaração, servindo o juiz para declarar o que estava gravado no texto legal. Contudo, as mudanças na teoria da interpretação passaram a distinguir texto e norma, sendo a última externada pelo julgador a partir do texto legal, com base numa interpretação que valora e decide entre um dos resultados interpretativos possíveis. A utilização de técnicas das cláusulas gerais, por sua vez, decorre do reconhecimento do próprio legislador de que não é possível a lei regular todas as situações concretas, requerendo complementação pelo juiz. Nesse sentido, cabe ao juiz, mediante argumentação própria preencher os conceitos jurídicos indeterminados, expondo expressamente a técnica interpretativa utilizada na fundamentação de sua decisão (MARINONI, 2016, p. 69- 77).

mudanças, todavia, ocorrem de forma sistematizada e previamente parametrizada, devendo o julgador aplicar os métodos presentes no próprio sistema de precedentes para justificar a mudança de pensamento.

### **3.2 A positivação do sistema de precedentes obrigatórios pelo Novo Código de Processo Civil**

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, identifica-se uma positivação de situações jurídicas já encontradas na praxe forense, dando-se maior importância às decisões judiciais como fonte do direito e atribuindo caráter vinculativo às chamadas decisões paradigmáticas que formam os precedentes obrigatórios.

Neste contexto, percebe-se que existia, no Código de Processo Civil de 1973, o incidente processual da uniformização da jurisprudência, instituído pela Lei nº 10.352/2001, alterando o art. 555 do CPC/73, que se pautava na garantia do interesse público na certeza do direito (BRASIL, 2001). Além disso, ocorreram gradativas modificações deste diploma processual que introduziram de maneira branda alguns conceitos da teoria dos precedentes.

As Leis nº 9.139/95 e nº 9.756/98 inauguraram a súmula impeditiva de recurso no ordenamento jurídico brasileiro e também, em 2001, ocorreu a criação do instituto assunção de competência, que se pautava na possível ou concreta divergência entre as câmaras do Tribunal e o interesse público na matéria. A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, por sua vez, fez surgir as súmulas vinculantes, editadas pelo Supremo Tribunal Federal, que dão *status* de precedente vinculante<sup>9</sup> à regra de direito contida no texto sumulado.

Desta forma, percebe-se uma evolução na teoria da interpretação do direito e na concepção do sistema jurídico brasileiro que, desde o Código de Processo Civil de 1973, consagra regras que dão maior importância aos precedentes judiciais como fonte do direito e auxiliam o julgador, sempre em observância à lei, a dar uma solução justa e isonômica para casos semelhantes.

---

<sup>9</sup> O termo foi utilizado em seu sentido *strictu sensu*, pelo qual o precedente pode ser definido como a própria *ratio decidendi*, que é a tese ou princípio jurídico assentado na motivação do provimento decisório (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

O Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) buscou positivar no ordenamento jurídico brasileiro o sistema de precedentes obrigatórios e a regra do *stare decisis*. Nas palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 441) “o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. É obrigatório, pois vincula os casos posteriores similares, sendo verdadeira fonte do direito que, pelo *stare decisis*, obriga que os juízes respeitem as decisões das Cortes Superiores e não contrariem às de seus próprios Tribunais.

A regra do *stare decisis*, por sua vez, traduz a observância obrigatória dos juízes singulares às decisões dos Tribunais Superiores e dos Tribunais locais, bem como destes em relação àqueles. Tal expressão decorre do brocardo “*stare decisis et non quieta movere*” que significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (TUCCI, 2004, p. 160). Corresponde à norma criada por uma decisão judicial e, em razão do órgão que a proferiu deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de instância inferior.

No Brasil, de forma diferente de países com tradição *common law*, aplica-se o *stare decisis*, na medida em que os Tribunais Superiores têm mecanismos para julgamentos de casos semelhantes, dando-se decisões que vinculam os demais órgãos jurisdicionais do país.

Os arts. 926 e 927 da Lei nº 13.105/2015, por exemplo, reforçam a necessidade dos tribunais zelarem pela construção de sua jurisprudência, bem como dita um comando mandamental aos juízes e tribunais para observarem os precedentes. No artigo 489, §1º, do Código de Processo Civil (CPC)/15, por sua vez, têm-se a previsão da distinção e superação dos precedentes, reforçando o papel de uma fundamentação adequada para a aplicação desses métodos (BRASIL, 2015).

O Novo Código de Processo Civil indicou em seu art. 927 os precedentes dotados de eficácia vinculante/obrigatória no direito brasileiro, sendo dever do magistrado conhecê-los de ofício, após a devida oitiva das partes a respeito deste precedente, em respeito ao processo democrático (BRASIL, 2015). Existem também no ordenamento jurídico brasileiro os precedentes dotados de eficácia persuasiva, a eficácia mínima de um precedente, que apenas orientam o juiz a uma solução racional

e socialmente adequada, servindo também às partes, dando força argumentativa na apresentação de sua tese.

Os precedentes obrigatórios no Brasil advêm das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmulas vinculantes, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais os juízes estão vinculados.

#### **4 A ADOÇÃO DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

O Supremo Tribunal Federal, instância máxima do ordenamento jurídico brasileiro e responsável pela guarda da Constituição Federal (art. 102, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)/88) (BRASIL, 1988), tem sua origem nas Casas de Suplicação do Brasil, instituídas por um alvará de Dom João em 1808. A Constituição outorgada de 1824, por sua vez, no seu art. 163, previu a criação do Supremo Tribunal de Justiça que, a partir da Constituição republicana, em 1891, passou a chamar-se Supremo Tribunal Federal. Esta Constituição também instituiu o controle de constitucionalidade no país, principalmente o controle difuso, traço da influência política norte-americana (SANTOS, 2012). A partir de então, houve algumas mudanças quanto à competência da Corte e o número de seus integrantes sendo, atualmente, disciplinada a questão pela Constituição democrática de 1988, nos artigos 101 a 103-A (BRASIL, 1976).

O efeito vinculante dado às decisões da Corte Suprema foi inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Emenda Constitucional nº 07/1977, que regulava o instituto da representação do Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal para interpretação de leis ou atos normativos federais ou estaduais, tornando-se vinculante a interpretação a partir da publicação da ementa ou acórdão (BRASIL, 1977). A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993 incluiu o §2º ao art. 102 da CRFB/88 dando efeito vinculante às decisões proferidas nas ações declaratórias de

constitucionalidade (BRASIL, 1993), sendo estendido tal efeito para todas as decisões em controle concentrado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Esta emenda ficou conhecida como a Emenda da Reforma do Poder Judiciário e modificou profundamente a estrutura e organização deste, bem como introduziu institutos no ordenamento jurídico brasileiro que tinham por finalidade melhorar a atuação do Poder Judiciário na prestação da tutela jurisdicional, a fim de garantir a interpretação uniforme do direito e satisfazer os princípios da isonomia, celeridade e duração razoável do processo.

Foi introduzido no texto constitucional o art. 103-A que disciplina o instituto da súmula vinculante, bem como o §3º do art. 102 que passou a exigir a demonstração da repercussão geral para a interposição de recurso extraordinário (BRASIL, 1988). A súmula vinculante tem como objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas sobre as quais haja controvérsia entre os órgãos do Poder Judiciário ou entre estes e a Administração Pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Nas palavras de Shimura (2007 apud MORETO, 2012, p. 103),

[...] trata-se de mais outra forma de uniformização de jurisprudência, agora com força obrigatória em relação a determinados entes ou pessoas, com o escopo de prevenir litígios, conferir celeridade e previsibilidade na outorga da tutela jurisdicional nas hipóteses repetitivas, evitando a multiplicação e a eternização dos processos.

A repercussão geral, por sua vez, segundo o art. 1035, §1º do CPC/2015 será considerada quando houver a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. A função desse instituto é permitir a seleção dos recursos que devem ser conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, permitindo-lhe desempenhar sua missão de outorgar a unidade ao direito mediante a compreensão da Constituição, bem como compatibilizar as decisões judiciais ao texto constitucional e permitir o desenvolvimento do direito de maneira constitucionalmente adequada aos novos problemas sociais (MARINONI, 2016).

Tais inovações introduzidas pela EC nº 45/2004 demonstram a importância dada às decisões da Corte Suprema, ressaltando o papel dos Tribunais Superiores, em especial do Tribunal Constitucional, na satisfação de seus objetivos elencados acima,

sendo imprescindível a concepção das decisões da Suprema Corte como precedentes constitucionais dotados de eficácia vinculante para a satisfação dos mesmos.

## **5 A ANÁLISE DAS DECISÕES DO STF COM CARÁTER VINCULANTE**

O Supremo Tribunal Federal é a Corte de Cúpula do ordenamento jurídico pátrio e tem como função precípua a guarda da Constituição. Sua função como Corte Suprema sofreu modificações ao longo de sua história, recebendo influência de diversos direitos estrangeiros, por exemplo, do direito alemão no que diz respeito às diretrizes do controle concentrado de constitucionalidade e do direito estadunidense, no que tange ao controle difuso. As decisões judiciais desta Corte gradativamente passaram a ter maior importância no ordenamento jurídico brasileiro e se tornaram fontes do direito, dotadas de eficácia vinculante.

Segundo o Novo Código de Processo Civil, as decisões do STF que têm eficácia vinculante são as proferidas em controle concentrado de constitucionalidade<sup>10</sup>, as proferidas em recurso extraordinário e as súmulas, vinculantes ou não (BRASIL, 2015). Uma análise de tais decisões, em uma acepção quantitativa, mostra-se de grande relevância para que se possa demonstrar estatisticamente todas as decisões que refletem diretamente no mundo jurídico e contribuem para a sua evolução, bem como auxiliam os jurisdicionados na adoção de suas condutas sociais diárias.

Será realizada uma análise das decisões judiciais proferidas em controle de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)) desde o ano de 2000 até 13 de junho de 2017, as proferidas em recurso extraordinário com julgamento de mérito e repercussão geral, reconhecida nos anos de 2008 a 2017 e a edição de súmulas, inclusive vinculantes.

As decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade somam um total de 4.083, sendo 70,14% proferidas como decisão final. Deste total, verifica-se apenas

---

<sup>10</sup> Por exemplo: a) a ADI 4983, que declarou inconstitucional lei do Estado do Ceará sobre a vaquejada; b) a ADI 4277 e a ADPF 132, ambas reconhecendo a união homoafetiva como instituto jurídico, e; c) a ADPF 54 que permitiu a antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos.

uma quantidade de 744 (25,98%) decisões totalmente procedentes e 196 (6,84%) procedentes em parte (BRASIL, 2017b). Quanto à ação declaratória de constitucionalidade tem-se uma quantidade de processos bastante inferior em relação a ADI, sendo o total de apenas 36 decisões, com 20 decisões finais e 50% destas julgadas procedentes (BRASIL, 2017c). A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem um total de 24 decisões, sendo 16 delas decisões finais e apenas 1 julgada procedente (BRASIL, 2017d). A arguição de descumprimento de preceito fundamental, por sua vez, apresenta quantitativo significativo sendo um total de 340 decisões proferidas, das quais 60% são decisões finais. Ressalta-se que apenas 3,43% desse quantitativo foram julgadas procedentes e mais da metade foram julgadas ou improcedente, ou não conhecida ou não identificada (BRASIL, 2017e).

As decisões judiciais proferidas no julgamento de recurso extraordinário com mérito julgado e repercussão geral reconhecida, nos anos de 2008 a 2017 totalizam um número de 96 decisões. Percebe-se que uma grande parte dos recursos extraordinários não tem a repercussão geral reconhecida ou pela sua inexistência ou por se tratar de matéria infraconstitucional. Nos 10 anos que estão sob análise, existe um total de 306 decisões que não tiveram a repercussão geral reconhecida, sendo 37 delas não reconhecidas por inexistência e 269 por se tratar de matéria infraconstitucional (BRASIL, 2017a). Importante ressaltar que, em todo o Brasil há um total de 935.679 processos sobrestados em virtude de repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>.

As súmulas, por sua vez, totalizam um número de 736 sendo a última atualização realizada no dia 19 de abril de 2016 no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2016b). Quanto às súmulas vinculantes, estas totalizam o número de 56 e não sofrem atualização desde 08 de agosto de 2016 (BRASIL, 2016c).

---

<sup>11</sup> Por exemplo, o Tribunal Regional Federal (TRF) que tem o maior número de processos sobrestados é o TRF da 3ª Região com um número de 171.176 processos. O Tribunal Estadual que possui a maior quantidade de processos sobrestados, por sua vez, é o TJSP com 282.877 processos (BRASIL, 2016a).

## 6 CONCLUSÃO

Ao analisar de maneira histórico-comparativa os dois principais sistemas jurídicos do direito, civil law e common law, percebeu-se as influências recíprocas entre ambos os sistemas, em especial, neste trabalho, a influência de institutos típicos da common law no sistema jurídico romano-germânico, que é o sistema que norteia o ordenamento jurídico brasileiro. No civil law, tradicionalmente, se concebe a lei como fonte precípua do direito, porém, a partir dos avanços da teoria da interpretação e da influência do constitucionalismo contemporâneo, passou-se a dar mais importância nesse sistema às decisões judiciais, dotando-as, em certos casos, de eficácia vinculante.

No Brasil, paulatinamente, percebeu-se uma tendência à valorização das decisões judiciais, principalmente a partir da Constituição de 1988, que ressaltou a importância do Supremo Tribunal Federal e sua função institucional de guardião e intérprete da Constituição, bem como, de maneira mais contundente, a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio institutos como a súmula vinculante e a repercussão geral no recurso extraordinário, ressaltando a função do STF como Corte Suprema que dá sentido ao direito e visa à definição da interpretação correta da Constituição e a garantir a uniformidade das decisões judiciais.

Essa tendência consolidou-se com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil que consagra em diversos dispositivos o respeito ao sistema de precedentes obrigatórios e seus conceitos norteadores, por exemplo, o stare decisis, a eficácia vinculante das decisões judiciais das Cortes e Tribunais e a necessidade de um dever de fundamentação por parte dos julgadores, de forma a justificar a aplicação ou não de um precedente judicial.

Portanto, percebe-se uma influência positiva de institutos jurídicos oriundos da common law que se coadunam à realidade jurídica brasileira, sem desconfigurar suas origens sistemáticas, tendo o objetivo de complementá-las para melhor satisfazer aos anseios dos jurisdicionados na prestação da tutela jurisdicional justa e efetiva. Também se valoriza as decisões tomadas pelas Cortes Superiores, ressaltando-se às do Supremo Tribunal Federal, que norteiam as condutas com reflexo no mundo jurídico de

forma mais dinâmica, coesa e célere, contribuindo para que o direito acompanhe às mudanças sociais.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa. O poder judiciário na democracia contemporânea: algumas reflexões sobre o redimensionamento de papel político-institucional do judiciário. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa; JESUS, Thiago Allisson Cardoso de; COSTA, Yuri (Org.). **Biodiversidade, democracia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 mar. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 abr. 1977. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc\\_anterior1988/emc07-77.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10352.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10352.htm)>. Acesso em: 28 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC**. Brasília, DF, 2017c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adc>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI**. Brasília, DF, 2017b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO**. Brasília, DF, 2017d. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=ado>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPPF**. Brasília, DF, 2017e. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas e relatórios: repercussão geral**. Brasília, DF, 2017a. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas\\_rg](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg)>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **O Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Senado Federal, 1976. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Plaqueta\\_\\_O\\_Supremo\\_Tribunal\\_Federal\\_\\_1976.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoInstitucionalCuriosidade/anexo/Plaqueta__O_Supremo_Tribunal_Federal__1976.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Processos sobrestados em razão da repercussão geral**. Brasília, DF, 2016a. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em: 2 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas**. Brasília, DF, 2016b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmulas vinculantes**. Brasília, DF, 2016c. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2015.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORETO, Mariana Capela Lombardi. **O precedente judicial no sistema processual brasileiro**. 2012. 308 f. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil)–Unidade de Pós-Graduação *stricto sensu*, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

REDONDO, Bruno Garcia. Aspectos essenciais da teoria geral do precedente judicial: identificação, interpretação, aplicação, afastamento e superação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 38, n. 217, p. 201-417, mar. 2013.

RENÉ, David. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANTOS, Samuel Bertolino dos. A evolução do sistema de precedentes no direito brasileiro: o sistema jurídico brasileiro e os falsos óbices à sua utilização. *Direito e Segurança Jurídica. Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, n. 107, dez. 2012. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12501](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12501)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

SOARES, Carlos Henrique; VIANA, Antônio Aurélio de Souza Viana. Utilização antidemocrática de precedentes judiciais. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, n. 90, p. 9-26, jul./ago. 2014.

SUÁREZ, Christian Delgado. Aproximação preliminar aos precedentes constitucionais no Peru: estabelecimento de precedentes e eficácia temporal: revogação e *overruling*. **Revistas dos Tribunais**, São Paulo, ano 37, n. 205, mar. 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

## Capítulo 11

### AMBIENTE FAMILIAR NA ERA DA *MODERNIDADE LÍQUIDA* DE ZIGMUNT BAUMAN

#### FAMILY ENVIRONMENT IN ZIGMUNT BAUMANS´S LIQUID MODERNITY ERA

*Manoel Geralcino Alves*<sup>1</sup>  
*Luciana Helena Crnkovic*<sup>2</sup>

#### RESUMO

Analisar a tese da modernidade líquida proposta por Zigmunt Bauman e, em seu matiz, a era atual como interlocutora do reconhecimento de novos modelos para o ambiente familiar, cujos reflexos ofuscaram a unicidade do milenar e sólido instituto jurídico denominado casamento, é o que este artigo propõe. A sociedade ocidental desenvolveu-se amparada em conjunto de valores que erigiu o matrimônio indissolúvel como única instituição apta a caracterizar o ambiente familiar e impediu a aceitação de qualquer outra modalidade de família. No entanto, com a alteração nas bases do capitalismo operada no limiar deste milênio, que ensejou a transposição do *hardware* para o *software* e permitiu a produção de bens em larga escala, em qualquer lugar e para consumo global, limites e fronteiras se romperam e a sustentação de conceitos duradouros perdeu efeito, tanto no plano infraestrutural quanto valorativo. Haja vista a crescente, constante e incansável busca consumista pelo novo, esperadamente mais atraente e supostamente melhor. Conjuntura em que as relações afetivas e a concepção de entidade familiar refletem a aceitação da diversidade, alterando a unicidade solidamente justificada ao longo da história ocidental para o ambiente familiar amparado apenas no casamento e projetando as relações afetivas no horizonte onde

---

<sup>1</sup> Mestre em Biotecnologia pela UFSCar. Bacharel em Direito. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Unisul. Professor de Direito de Família e Sucessões no Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior – (IMMES) – Matão (SP) – Brasil

<sup>2</sup> Doutora em Administração – PMDA UNINOVE. Mestre em Engenharia de Produção- EESC - USP. Bacharel em Ciências Sociais pela UFSCar. Docente e Coordenadora do Curso de Administração no Instituto Matonense Municipal de Ensino Superior – (IMMES) – Matão (SP) – Brasil

se visualizam diversas formas de família, todas socialmente aceitas e juridicamente válidas.

**Palavras-chave:** Ambiente Familiar. Modernidade líquida. Casamento.

### ABSTRACT

To analyze the liquid modernity thesis proposed by Zigmunt Bauman and, in its nuance, the current era as interlocutor of the recognition of new models for the familiar environment, whose reflections overshadowed the uniqueness of the millenarian and solid legal institute called marriage, is what this article proposes. Western society developed along with values that established indissoluble marriage as the only institution able to characterize the family environment and prevented the acceptance of any other family modality. However, with the change in the bases of capitalism operated on the threshold of this millennium, which led to the transposition of hardware into software and allowed the production of goods on a large scale, everywhere and for global consumption, boundaries and frontiers were broken and Sustainability of concepts has lost its effect, both in terms of infrastructure and value. There is a growing, steady and relentless pursuit of consumerism for the new, hopefully more attractive and supposedly better. A context in which affective relations and the conception of family entity reflect the acceptance of diversity, changing the solidly justified uniqueness throughout western history to the family environment supported only in marriage and projecting the affective relations in the horizon where are visualized diverse forms of family, all socially accepted and legally valid.

**Keywords:** Family Environment. Liquid Modernity. Marriage.

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade ocidental contemporânea estruturou-se alicerçada no arquétipo valorativo que pode ser explicado e compreendido na definição do sociológico polonês *Zygmunt Bauman*<sup>3</sup> em sua obra *Modernidade Líquida: a sociedade em sua fase*

---

<sup>3</sup> Zygmunt Bauman nasceu na Polônia em 19 de novembro de 1925 e graduou-se em sociologia na URSS, iniciando sua carreira no magistério na Universidade de Varsóvia. Emigrou para a Grã-Bretanha onde em 1971 tornou-se professor de Leeds. É autor de inúmeras obras, das quais quase trinta são traduzidas para o Português, entre elas *Modernidade Líquida*, *Amor*

“pesada”, “volumosa”, “enraizada”, portanto, “sólida”. Visivelmente ordenada, consciente de fronteiras, previsível, alicerçada em projetos e projetistas, administrados e administradores, supervisionados e supervisores, muito bem sintetizada no fordismo<sup>4</sup> e lastreada em proposições dogmáticas tidas como absolutas. (BAUMAN, 2001).

Contexto em que o ambiente familiar conheceu infraestrutura avessa à diversidade, onde mudanças estruturais eram refutadas ou sequer almeçadas e valores morais ou éticos estavam dispostos à travessia inabalável dos séculos. Nesta esteira movimentaram-se normas reguladoras da aceitação de um único, indissolúvel e determinado modelo familiar: a família decorrente do casamento.

Entretanto, no limiar deste século a revolução tecnológica operou visível alteração no sistema de produção de riquezas, modificando o paradigma milenar de que bens se produzem em determinado “ponto fixo”, geograficamente delimitado. O capital, neste novo estágio, transcendeu do *hardware* para o *software* sendo capaz de produzir tecnologia em quantidade exorbitante, “em qualquer lugar” e para ser destinada “a qualquer pessoa<sup>5</sup>”.

Decorre disto que a produção tecnológica em larga escala, diminuindo distâncias e rompendo fronteiras através do “mundo do *software*”, gerou “brilho” para a realização imediata, para o instantâneo, refletindo mudanças no convívio humano. A inexistência de limites para a permanente inovação sustenta a aceitação da inconstância, da imprevisão e conseqüentemente vive-se a impossibilidade de serem mantidos íntegros sistemas dogmáticos “por muito tempo”.

Momento histórico no qual se moldam relações humanas imbuídas da aceitação de que nenhuma aquisição ou conquista é suficientemente lisonjeira a ponto de não ser

---

Líquido, A Cultura no Mundo Líquido Moderno, Europa, Globalização: as Consequências Humanas; Vigilância Líquida, Medo Líquido e Tempos Líquidos. Faleceu recentemente, em 09/01/2017 em *Leeds*, aos 91 anos.

<sup>4</sup> “Americanismo e fordismo” é o título dado por Antônio Gramsci, em 1934 ao Caderno 22 dos “Cadernos do Cárcere”, obra composta de 16 notas, editado no Brasil em 1968, na chamada edição temática, como parte do livro *Maquiavel, a política e o Estado moderno*, com tradução de Luiz Mário Gazzaneo. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1981-77462009000100011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-77462009000100011)>.

<sup>5</sup> Analisando a era pós-industrial, Zygmunt Bauman brilhantemente desenvolve a tese de que o ocidente migrou de uma fase “sólida”, onde valores eram pretendidamente perenes para o que denomina metaforicamente de fase “líquida”, tema que aborda em profícuas publicações, muitas das quais traduzidas para a língua portuguesa.

ultrapassada por outra mais atraente logo adiante e na convicção de que tudo é feito para ser substituído quando não mais interessar. Alteração valorativa estrutural que se justifica em nova plataforma de convívio humano: a modernidade líquida. Nesta conjuntura, o panorama do ambiente familiar se molda em novos pilares.

Refletem estas profundas alterações, como não poderia deixar de ocorrer, o nascimento de novas diretrizes legais, já que a lei, *ultima ratio* da valoração social dada aos fatos, sintetiza a desconstrução de dogmas milenares, incluindo aqueles ligados à aceitação do casamento como única forma de família “válida”. Parâmetros “inabaláveis para a Ciência do Direito” (REALE, 1954) restam fragilizados ante as constantes alterações no mundo jurídico e diante da velocidade de atualização, mudança e adequação.

Nesta esteira este artigo visa analisar o ambiente familiar na perspectiva da modernidade líquida, antônimo do “sólido” sistema valorativo milenarmente conhecido, o que comporta minucioso estudo dos impactos projetados na família, do ponto de vista jurídico, pois que pilares ocidentais construídos ao longo dos últimos dois milênios, defensores de um único modelo ideal de família, se mostram finalizando suas tarefas diante de uma nova realidade: as diversas formas de família.

Para tanto está dividido em seis partes. Expostos os materiais e métodos, em seguida, será analisado o ambiente familiar no “mundo sólido ocidental”. Na terceira parte encontrar-se-á uma abordagem sobre a modernidade líquida e o ambiente familiar, seguida da análise sobre a liquefação das normas jurídicas no ambiente familiar brasileiro e finalmente, após confrontar resultados e discuti-los, a conclusão.

## **2 MATERIAIS E MÉTODOS**

No ponto de vista de Meneghetti (2011a) o ensaio é sempre forma de reflexão intelectual. Os elementos da contradição são colocados em evidência no intelecto do ensaísta e dos seus interlocutores. Por meio dos diálogos, os lugares comuns e considerados seguros são substituídos pela dialética dos pensamentos dos envolvidos no ensaio com a própria mudança do mundo concreto.

Neste contexto, o ensaísta não vive apenas o momento da escrita e de interlocução. No ensaio se encontram os momentos das leituras, das reflexões intelectuais, das experiências de vida, da cultura geral adquirida. Encontram-se também suas fragilidades, limitações e

preconceitos; afinal o ensaísta admite sua condição de exposição como sujeito, sem precisar esconder-se no formalismo do discurso, das metodologias científicas rígidas ou do formalismo da academia (MENEGETTI, 2011a, p. 345).

Para os leitores mais tradicionais, que esperam conclusões por meio de afirmações definitivas, a orientação é que não dêem continuidade a leitura. As reflexões no decorrer do ensaio instigam os que leem a tirar suas próprias conclusões. Para leitores que gostam de desafios e provocações que levam a livres reflexões e conclusões, a aventura começa agora (MENEGETTI, 2011b).

O ensaio precisa ser utilizado como opção consciente e intencional, ou seja, como a forma mais adequada no entendimento de algo (MENEGETTI, 2011a, p. 322). No caso deste artigo, de entender o ambiente familiar na perspectiva da *Modernidade Líquida* de Zygmunt Bauman.

### **3 O AMBIENTE FAMILIAR NO “MUNDO SÓLIDO OCIDENTAL”**

A solidez que perdurou por dois milênios no conceito ocidental de família deita suas raízes na religião e cultura hebraicas e na influência cultural legada pelo domínio Romano.

No livro hebreu que narra o gênese da humanidade, primeiro criou-se o homem e depois, da costela masculina, a mulher. Neste matiz, o sistema patriarcal e justificador de uma sociedade proeminentemente masculina, encontrado entre os hebreus e repassados para o cristianismo sob o cetro do poderio romano, foram inscritos na consciência coletiva ocidental de forma sólida e pretendidamente perene.

Em *A Cidade Antiga*, talvez o mais completo e profícuo estudo sobre os romanos e sua cultura, *Fustel de Coulanges*, (COULANGES, 2009, p. 58) magistralmente ensina: “O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso do que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Esta religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida” e acrescenta com propriedade

É necessário notar que essa religião do lar e dos antepassados, que se transmitia de varão para varão, não pertencia, contudo, exclusivamente ao homem; a mulher tomava parte no culto. Como filha, assistia aos atos religiosos do pai; como casada, aos do marido (COULANGES, 2009, p. 59).

Nota-se que, e semelhantemente ao povo hebreu, entre os romanos a família era organizada sob o princípio da autoridade masculina, o *pater familias*, que exercia sobre seus filhos direito de vida ou morte e subordinava a mulher à autoridade marital (GONÇALVES, 2016) e o casamento, verdadeira instituição sagrada, já que apto à continuidade do culto familiar. Conceitos estes posteriormente disseminados pelo cristianismo, permeando a história ocidental e os valores sociais da ideia de supremacia e proeminência masculina em relação à mulher e justificando o instituto jurídico denominado casamento como único apto a “legitimar” a existência de um núcleo familiar.

Haja vista já nos primeiros séculos da era cristã, quando se deixou claro o papel da mulher na conjugação do lar: “entendam que a cabeça de todo homem é Cristo, e o cabeça da mulher é o homem, e o cabeça de Cristo é Deus” (CHAPMAN, 2012)<sup>6</sup>.

É sobre este alicerce religioso de solidez implacável que o ocidente erigiu o conceito de família casamentária<sup>7</sup> como reguladora de uma sociedade que perdurou por dois milênios. Conjectura desenvolvida a partir da visão hebraico-romana de família e chancelada pela Igreja Católica já que nos séculos que se seguiram à queda do Império Romano, as relações de família na Europa foram construídas predominantemente sobre os pilares do direito canônico, defensor do casamento como vínculo indissolúvel, sacramental e justificador único da constituição familiar: “Durante séculos, a moral cristã teve o comércio sexual por um pecado, se não se produzisse dentro do casamento e com a finalidade de fundar uma família” (LÉVI-STRAUSS, 1986, p. 84).

Indubitavelmente este lastro cultural patriarcal, imensa gama de valores hebraicos e romano-medievais, permeará o continente americano e a dogmática europeia na concepção de família ampara os quatro séculos iniciais da formação brasileira, período durante o qual as uniões matrimoniais eram legitimadas apenas se

---

<sup>6</sup> A citação do autor Gary Chapman refere-se apenas à transcrição de parte do texto bíblico escrito na obra “O casamento que você sempre quis” e não refletindo qualquer concordância daquele autor quanto ao conteúdo desenvolvido neste artigo, sobretudo, em razão de o referido autor defender fundamentadamente e com brilhantismo sua total concordância na eficácia do casamento como entidade familiar e explicar, sob o ponto de vista dogmático, o texto bíblico.

<sup>7</sup> A expressão “família casamentária” é recorrente entre juristas e doutrinadores brasileiros, para distinguir a família decorrente do casamento de outras formas hodiernamente aceitas como entidades ou núcleos familiares.

realizadas sob os auspícios da Igreja Católica, ou seja, o Brasil reconhecia apenas o casamento religioso como entidade familiar.

Mesmo por que nos dois últimos milênios e até a segunda metade do último século, a união entre o homem e a mulher que não decorrente do casamento, foi indefensável. Qualquer outra era adjetivada pejorativamente de concubinato, com alta reprovação social e desamparo legal, ou seja, conduta diversa que ensejasse questionamento à solidez reconhecida era veementemente reprimida.

No entanto, a família patriarcal, que a legislação civil brasileira teve como modelo único desde a Colônia, o Império e durante boa parte do século XX, entrou em crise. No dia onze de setembro de 1861, surgiu legislação regulando o casamento dos acatólicos, a celebrar-se segundo o rito religioso dos próprios nubentes. Tratava-se, sem dúvida, do primeiro passo para a emancipação do casamento da tutela eclesiástica (MONTEIRO, 1997).

Posteriormente, fizeram-se várias tentativas no sentido de secularizar o matrimônio, mas com a proclamação da República e a ruptura do poder político com a Igreja, ele perdeu, definitivamente, seu caráter sacro, sucumbindo no plano jurídico com a Constituição Federal de 1988 (LOBO, 2011) e, “recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com adaptações à nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável.” (GONÇALVES, 2016, p. 32).

São estas transformações de profundidade estrutural social-religiosa, afrontando dois milênios de unicidade no conceito de família e acabando por ceder à aceitação de outras formas no convívio humano reconhecidas como entidade familiar, que permitem conceber uma nova era onde os dogmas se liquefazem, os conceitos e normas jurídicas não mais existem hígidos por muito tempo e o ambiente familiar denota reflexos da *modernidade líquida* nas relações sociais.

#### 4 A MODERNIDADE LÍQUIDA E O AMBIENTE FAMILIAR

Tanto no *Admirável Mundo Novo*<sup>8</sup> quanto em *1984*<sup>9</sup>, embora tais obras fossem diametralmente opostas em suas visões, já que (ORWELL, 1984) pregava a escassez e necessidade e (HUXLEY, 1932) a abundância e saciedade, havia o compartilhamento de uma ideia clara: o futuro seria controlado rigidamente e a liberdade individual vigiada e projetada: “a visão de pesadelo que assombrava os dois escritores era a de homens e mulheres que não mais controlavam suas próprias vidas” (BAUMAN, 2001, p. 71).

A percepção social que predominou nas relações humanas do ocidente na era contemporânea foi a de um mundo estritamente controlado e previsível, com a liberdade individual limitada a obedecer a “ordem”. Contexto no qual encontrou terreno fértil a Instituição social e sacramental denominada casamento.

*Contrario sensu*, a era atual afrontou as previsões da individualidade dirigida por parâmetros “sólidos e duradouros” ante as inúmeras alternativas que podem ser exploradas, vez que as possibilidades de consumo são infinitas e a corrida para alcançá-las são frenéticas. O ponto de chegada será sempre o de partida para nova empreitada rumo a “mais recente” e “mais interessante” tecnologia ou produto e bens produzidos em quantidade exorbitante, em constante substituição levam à insatisfação de que tudo que hoje seduz, amanhã estará ultrapassado.

Como coloca Jeremy Seabrook na obra *The Leisure Society* “O capitalismo não entregou os bens às pessoas; as pessoas foram crescentemente entregues aos bens...” (SEABROOK, 1988, p. 183). O desejo de consumir<sup>10</sup>, de alcançar e substituir por algo

---

<sup>8</sup> O autor disserta a previsão de futura sociedade na qual todas as pessoas seriam condicionadas, genética e psicologicamente por regras sociais de castas dominantes.

<sup>9</sup> Obra na qual o autor teoriza a vida futura sob uma engrenagem totalitária de uma sociedade completamente dominada pelo Estado, onde tudo é feito coletivamente, embora cada um viveria só, todos sob à vigilância do Grande Irmão, a mais famosa personificação literária de um poder cínico e cruel.

<sup>10</sup> O conceito defendido por G. Tyler Miller Jr., denominado *afluenza*, que segundo o autor é “empregado para descrever o vício insustentável do superconsumismo e materialismo, refletido no estilo de vida de consumidores ricos nos Estados Unidos e em outros países desenvolvidos” (MILLER JUNIOR, 2015, p. 13) emprestou sua expressão mais significativa na modernidade líquida, já que “a maioria das pessoas infectadas com esse virulento e contagioso vírus de comprar até não poder mais apresenta alguns sintomas indicadores”, entre eles, é possível visualizar a aceitação de novas relações afetivas sempre em busca do “novo”, “melhor” e a reformulação do conceito socialmente aceito de ambiente familiar, para além do casamento,

“novo” ou “melhor” supera o próprio objeto a ser consumido: torna-se o propósito. O que importa não é mais vencer somente, mas sim sobreviver ante a escolha de oportunidades cada vez mais atraentes, ao menos aparentemente, “cada uma compensando a anterior e preparando o terreno para a mudança para a seguinte” (MILLER, 1998, p. 141).

Esta corrida para consumir entre tantas oportunidades, todas com data de validade anunciada, sempre a serem substituídas por outras “mais modernas” e “melhores” produz indivíduos “livres” para correr por conta própria em busca do prazer e da satisfação de seus anseios, não mais sob o cetro de “valores imutavelmente postos”. Era da incerteza e, “a incerteza do presente é uma poderosa força individualizadora” (BAUMAN, 2001, p. 196).

Disto resulta que a individualidade humana na era pós-contemporânea, alcança escalas notáveis e, em uma sociedade de pessoas que vivem *per se stante*<sup>11</sup> a solidez e perenidade da milenar instituição denominada casamento, não mais alcança sustentáculo. Sendo tantas as oportunidades e sempre pretensas à substituição pelo “novo”, a institucionalização de relacionamentos para seguirem perenes e “sólidos” resta nas estantes da História.

## 5 LIQUEFAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS NO AMBIENTE FAMILIAR BRASILEIRO

No início do século XX assistiu-se à publicação do primeiro Código Civil brasileiro<sup>12</sup>, diploma legal que taxativamente aderiu ao casamento como única forma de entidade familiar juridicamente válida, alicerçado no modelo patriarcal e cujo desiderato estava na “união permanente entre o homem e a mulher, de acordo com a lei, a fim de reproduzirem, de se ajudarem mutuamente e de criarem os seus filhos” (MONTEIRO, 1997, p. 12).

Permanente, e, portanto, indissolúvel, o casamento justificou-se sob a máxima canônica *quod Deus coniunxit homo non separe* (AQUINO, 2004) não se reconhecendo

---

como consequência direta de valores “que se liquefazem” em uma sociedade lastreada no consumo exacerbado, sempre em busca do “novo”.

<sup>11</sup> Do latim: por si mesmo, por si próprio.

<sup>12</sup> Lei nº 3.791, de 1 de janeiro de 1916.

o divórcio no solo pátrio até quatro décadas atrás<sup>13</sup>. Não obstante, a aceitação social da entidade familiar era tradicionalmente daquela formada por um pai, mãe e filhos ou filhas e, qualquer outra associação humana não justificava semelhante adjetivação. A dimensão desta unicidade inflexível levava a que, aos filhos havidos fora do casamento, renegava-se a possibilidade de reconhecimento da paternidade, ainda que o pai pretendesse fazê-lo espontaneamente.

O código “classificava” os filhos: aqueles que nascessem das “justas núpcias” eram legítimos e os nascidos de relações extramatrimoniais, ilegítimos. Dividiam-se estes últimos em naturais e espúrios. Naturais os nascidos de pais não casados, embora não impedidos para o casamento, como por exemplo, aqueles concebidos por um casal antes da realização do “sagrado matrimônio” (GONÇALVES, 2016). Sobrevindo o casamento, os filhos restavam “legitimados”, já que o artigo 229 do diploma legal em comento era taxativo: “Criando a família legítima, o casamento legitima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos”.

Filhos espúrios eram os incestuosos e adulterinos e para estes, o direito civil brasileiro reservava fadado destino já que não teriam a paternidade reconhecida, em nenhuma hipótese. O Código impedia expressamente o reconhecimento da paternidade no artigo 328 aludindo à que “os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos” e como consequência lógica, filhos nascidos de relações extramatrimoniais também não herdariam quando da morte do pai.

Ao longo do século passado o direito à filiação e alguns direitos de concubinas passaram a ser reconhecidos pelas normas civilistas brasileiras até que, em 1988, a Constituição Federal equiparou o direito à filiação também daqueles concebidos extramatrimonialmente. No brilhantismo da autoria Dias (2001, p. 62-69) “A Constituição Federal de 1988 alargou o conceito de família, passando a integrá-lo às relações monoparentais, de um pai com os seus filhos. Esse redimensionamento, calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento”.

Não só a aceitação da “filiação legítima” sentiu-se fragilizada, mas o próprio conceito de família. Ao longo do século passado, o direito brasileiro passou a

---

<sup>13</sup> Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Instituiu o divórcio no Brasil.

disciplinar, também como juridicamente válidas e reconhecíveis outras “formas” de entidades familiares, entre elas “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” e “a união estável entre o homem e a mulher”, segundo o disposto na Magna Carta.

O sistema legal constitucional desatou “nós conceituais”, transpôs o liminar entre o mundo sólido e o mundo líquido no que diz respeito ao conceito de família e permitiu aceitação plural, oriunda de uma nova era nas relações sociais: as diversas formas de família, todas assentadas não mais no conjunto valorativo de solidez milenar denominado casamento.

Tais alterações na esfera legislativa demonstram imagem diametralmente oposta entre um sólido conceito milenar ocidental de família e sua liquefação para permitir o reconhecimento de várias formas de família, todas baseadas no afeto e não mais em uma relação jurídica, Institucional e indissolúvel, denominada casamento. Reflete-se a modernidade líquida nas relações de família, visivelmente.

## **6 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

O nascimento de novo limite valorativo, visivelmente diverso do milenarmente construído sobre o alicerce da unicidade para o ambiente familiar parece transparecer, prima facie, retrocesso e derrocada. Adjetivação visível nas constantes observações sociais em defesa do casamento como única forma apta ao conceito de família e na dificuldade de aceitação da mudança.

Considerando que o parâmetro dogmático que erigiu o ambiente familiar ocidental passou por profunda transformação no transpor do século XX, com reconhecimento jurídico de diversas formas de entidades familiares (GONÇALVES, 2016), uma abordagem do ambiente familiar à luz de novo olhar sobre na história ocidental pós-contemporânea, a modernidade líquida, permite compreender mudanças hoje vivenciadas.

O casamento como entidade familiar singular e única não se justificou ao acaso, antes, decorreu de construção conceitual amparada na influência do cristianismo, cujas raízes primeiras remontam à religião e cultura hebraicas (LÉVI-STRAUSS, 1986), posteriormente disseminadas pelo poderio Romano no ocidente e chancelado pela Igreja Católica.

Conjuntura milenar de sólida base social-valorativa, que somente conheceu sua desconstrução em decorrência do nascimento de nova plataforma de produção capitalista assentada na tecnologia, no software, com proliferação global de bens produzidos exponencialmente e consumo de igual proporção, concebendo a fragilização do duradouro e a possibilidade de surgirem olhares de aprovação para a diversidade, antônimo do sólido sistema conhecido.

Paradigma não somente novo, mas diametralmente oposto ao solidificado, ante a possibilidade de serem construídos e desfeitos laços humanos em velocidade ímpar, tais quais podem ser substituídos incessantemente os bens produzidos sempre por outros esperadamente melhores (BAUMAN, 2001).

Esta atenção social voltada para o “novo”, o melhor e “próximo bem a ser lançado” gera, não obstante, um sistema normativo que não mais se sustenta íntegro por muito tempo. Disto resulta que diversas leis publicadas em interregno bastante próximo, refletem a inconstância e a impermanência legislativa espelhando uma sociedade em constante mudança (MONTEIRO, 1997).

Por isso, o sistema legal brasileiro, em menos de um século, passou a aceitar, *pari passu*, produção normativa que rapidamente descortinou o casamento como senhor do ambiente familiar. O modelo patriarcal ruiu e com ele desmoronou os muros que cercavam o conceito de tradição milenar que amparou a sociedade sob os mantos do casamento.

Isto é visível nas definições jurídicas que surgiram no decorrer dos últimos cinquenta ou sessenta anos, permitindo o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio, do divórcio e logo em seguida da união estável como entidade familiar e não apenas como uma sociedade de fato (LOBO, 2011).

Estas mudanças acenam para um novo milênio no qual o ambiente familiar não mais reconhece padrões hígidos, legalmente instituídos e dogmatizados, para a constituição e justificação da união humana em família, iluminando agora a possibilidade de que encontrem assento, sobretudo, no afeto.

## **7 CONCLUSÃO**

Durante o processo histórico de formação das sociedades modernas e contemporâneas o conceito de produção de bens e riqueza esteve associado a ponto

geograficamente determinado, amparado no rígido sistema de previsibilidade e controle da “era do hardware”, como magistralmente demonstra o sociólogo Zygmunt Bauman em sua obra *Modernidade Líquida*.

Contexto no qual as relações sociais e familiares justificavam-se sólidas e duradouras, concebidas em dogmática perene. Dentre elas encontrava-se o casamento, modelo único de ambiente familiar, rigidamente institucionalizado a partir de um complexo de normas de origem jurídico-canônicas.

No limiar deste milênio a chegada do “mundo do software” alterou o horizonte do capitalismo, permitindo a produção em larga escala e não mais adstrita à “fábrica”, já que o “local de produção” passou a ser qualquer um onde se possa criar-desenvolver e depois distribuir bens e sistemas a serem alcançados por qualquer pessoa, em qualquer lugar do mundo. Esta alteração no conceito produtivo, associada ao fato de que bens não são mais apenas aqueles tangíveis, mas, também os “virtuais”, bem como ao consumo até então desconhecido, gerou um novo momento para o ocidente de desconstrução da solidez estruturalmente conhecida: a modernidade líquida.

A produção constante de itens a serem consumidos em larga escala e em seguida ultrapassados por outros “mais novos” ou “mais atraentes” concebe uma sociedade que traz para a esfera valorativa também a ideia de que tudo pode ser substituído, que nada necessita ser incansavelmente reparado, incluindo os laços humanos. Momento no qual a solidez de princípios e dogmas que justificou a institucionalização da entidade familiar unicamente sob o manto do casamento perdeu consistência diante de um novo mundo onde o consumo, e a produção desenfreada, animam à incansável busca pelo “novo”.

Era em que, confirmando a tese de Bauman, os valores se liquefazem e enseja-se a aceitação de novos patamares nas relações sociais, incluindo-se aí o ambiente familiar. Liquefez-se o conceito canônico secular de que o casamento era a única forma válida de entidade familiar apta a ser reconhecida como célula mater da sociedade e nasceu a aceitação de diversas formas de família.

Assim, as normas jurídicas, que, mormente refletem a valoração social dada aos fatos, passaram a conceber a possibilidade de regulação de outros laços familiares que

não o casamento, nascendo assim o conceito de família para além do milenar matrimônio.

Verdadeiro momento histórico onde o que sustenta a permanência do ambiente familiar é o afeto e não mais, apenas, a adjetivação jurídica. Desfez-se aquele, também se desfaz a aceitação da continuidade do núcleo familiar.

Concepção inimaginável nos últimos vinte séculos, agora, o afeto é pedra angular da construção do ambiente familiar, passível de múltiplas possibilidades e da diversidade. Paradigma completamente novo, alçando o ambiente familiar à necessária adaptação na era da modernidade líquida.

Esse artigo evidentemente não esgota o tema, pelo contrario, permite analisar em futura pesquisa a aplicação do conceito de modernidade líquida em diferentes áreas do direito de família, onde novas configurações surgem e buscam, na sociedade e na lei, respaldo para sua formação.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica V**. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CHAPMAN, Gary. **O casamento que você sempre quis**. Traduzido por Neid Siqueira. São Paulo: Mundo Cristão, 2012.

COULANGES, Fustel. **A cidade Antiga**. 2. ed. Livraria Cultura, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Famílias modernas: (inter)secções do afeto e da lei. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 62-69, jan./mar. 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Lisboa: Editora Livros do Brasil 2007, 1932.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O Olhar Distanciado**. Lisboa: Edições 70, 1986, 84 p.

LOBO, Paulo. **Famílias**. 4.. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENEGHETTI, Francis Kanashiro. Tréplica: o que é um ensaio-teórico? Tréplica à Professora Kazue Saito Monteiro de Barros e ao Professor Carlos Osmar Bertero. **RAC**,

Curitiba, v. 15, n. 2, p. 343-348, mar./abr. 2011a. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rac/v15n2/v15n2a13.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2017.

MILLER, David. **A Theory of Shopping**. Cambridge: Polity Press, 1998.

MILLER JUNIOR, G. Tyler. **Ciência Ambiental**. 14. ed. São Paulo: Cengage, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

ORWELL, George. **“1984”**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

REALE, Miguel. Concreção de fato, valor e norma no direito romano clássico. (Ensaio de interpretação à luz da Teoria Tridimensional do Direito). **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 49, p. 190-220, jan. 1954. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66206/68816>>. Acesso em: 26 jun. 2017.

SEABROOK, Jeremy. **The Leisure Society**. Oxford: Blackwell, 1988.

## Capítulo 12

### A BANCADA EVANGÉLICA E O ESTATUTO DA FAMÍLIA: uma lei sacra(?)

THE EVANGELICAL WORKBENCH AND THE FAMILY STATUTE: a sacred law (?)

*Luiz Augusto Leite*<sup>1</sup>

*Mário Cezar Silva Leite*<sup>2</sup>

#### RESUMO

A pesquisa trata da ofensa à laicidade do Estado proveniente do artigo segundo do Estatuto da Família. A partir da nossa última assembleia constituinte, o grupo religioso pentecostal vem destoando do posicionamento evangélico tradicional de abstenção política. Em poder de um valioso capital eleitoral (os membros dessas igrejas), muitos líderes religiosos se engajaram na política, e muitos políticos se engajaram nessas denominações, afim de ampliar o seu campo de influência. Esse grupo, denominado “Bancada Evangélica”, defende o discurso da heterossexualidade compulsória, pertinente à composição familiar e à orientação sexual. Pelas lutas e conquistas dos movimentos sociais LGBTs, em 2011 o STF, reconheceu que casais homossexuais poderiam se unir com os mesmos direitos que casais heterossexuais. Como reação a essa conquista, foi incluído pela bancada evangélica, no projeto de lei nº 6.583 de 2.013, denominado Estatuto da Família, um artigo que propõe legitimar a discriminação contra composições familiares diversas da heterossexual monogâmica. Percebe-se até esse ponto do trâmite do referido projeto que, com supedâneo em chavões como “defesa da família” e luta contra a “ideologia de gênero” a Bancada Evangélica vem conseguindo instituir uma produção legislativa baseada em preceitos religiosos, ofendendo a laicidade do Estado.

**Palavras-chave:** Bancada Evangélica. Estatuto da Família. Estado laico.

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Estudos de Cultura Contemporânea da Universidade Federal de Mato Grosso – e-mail: laleite.adv@gmail.com.

<sup>2</sup> Professor doutor do Programa de Pós-Graduação em Estudos de Cultura Contemporânea da Universidade Federal de Mato Grosso e orientador dessa pesquisa – e-mail: mcsl@terra.com.br.

## ABSTRACT

The research deals with the offense to the secularism of State from the second article of the Family Statute. Since our last constituent assembly, the pentecostal religious group has come to depart from the traditional evangelical position of political abstention. With the power of a wealthy constituency (the members of these churches), many religious leaders engaged in politics, and many politicians engaged in such denominations in order to broaden their sphere of influence. This group, called the "Evangelical Workbench", defends the discourse of compulsory heterosexuality, pertinent to family composition and sexual orientation. By the struggles and achievements of LGBT social movements, in 2011 the STF recognized that homosexual couples could unite with the same rights as heterosexual couples. As a reaction to this achievement, it was included in the bill of law No. 6.583 of 2013, called the Family Statute, an article that proposes to legitimize discrimination against family compositions other than monogamous heterosexual. It is evident from this point of view that, with the support in the form of "defense of the family" and struggle against "gender ideology", the Evangelical Workbench has been able to institute a legislative production based on religious precepts, offending the secularism of the State.

**Keywords:** Evangelical Workbench. Family Statute. Secular State.

## 1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como problema a atuação da Bancada Evangélica na produção legislativa sob o prisma da laicidade do Estado.

Os temas centrais da pesquisa são a Bancada Evangélica, como grupo e forma de atuação, o ativismo político-religioso, a secularidade do Estado, o direito à liberdade de orientação sexual, o acesso dos mais diversos grupos familiares ao agasalhamento que o Estado confere à instituição familiar e os discursos de gênero que vem sendo produzidos ou reiterados no desenvolvimento do Estatuto da Família.

O objetivo do trabalho é identificar a formação discursiva e ideológica dos componentes da Bancada Evangélica na votação do Estatuto da Família, e a presença ou não de discursos de gênero e de fundamentalismo religioso.

Trata-se de pesquisa de grande relevância que fala sobre um projeto de lei que pode trazer consequências a direitos elementares dos cidadãos, como a liberdade de

orientação sexual e a proteção da entidade familiar pelo Estado, posto que a atuação legislativa atinge toda a sociedade e a obediência às suas disposições é de caráter compulsório.

A metodologia utilizada foi de pesquisa bibliográfica e tomou-se como fonte de dados o projeto de lei denominado Estatuto da Família. Da tramitação desse projeto de lei foi possível extrair os discursos dos deputados integrantes da Bancada Evangélica, e sobre esses analisar os temas propostos, à luz da bibliografia selecionada.

## 2 A HERANÇA CULTURAL

Apesar do senso comum de que o Brasil é um país laico, a verdade é que não há qualquer previsão expressa da laicidade da República Brasileira na Constituição Federal.

Indubitavelmente a Constituição protege a liberdade (e pluralidade) religiosa. Tal proteção está inserida no rol de direitos e garantias fundamentais que a Constituição prevê, como segue:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se [...], nos termos seguintes:

[...]

VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; (BRASIL, 1988).

Entretanto é mister pontuar a diferença. A garantia do pluralismo religioso não afasta do legislador constituinte uma simpatia ou ao menos um resíduo cultural do apelo religioso. Essa característica do nosso país se demonstra na própria Constituição, ainda que não no corpo normativo, mas em seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, [...] promulgamos, **sob a proteção de Deus**, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988, grifo nosso).

A secularidade do legislador constituinte não o impede de rogar a benção divina (sob o vocativo utilizado pelas religiões cristãs para se referir à sua entidade divina). A

proteção rogada não é uma novidade, antes, é uma tradição nas Constituições<sup>3</sup>. Acerca da questão: se essa expressão de fé representa ou não um caráter normativo ou uma orientação para a aplicação da lei pelo Estado já houve até decisão judicial.

Trata-se da inusitada situação que envolve a Constituição Estadual do Acre, que por conta de ter omitida a expressão “sob a proteção de Deus” em seu preâmbulo, foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Partido Social Liberal. Em decisão o STF considerou que o preâmbulo da Constituição Federal não tem força normativa, e a não invocação da proteção de Deus não gera inconstitucionalidade, antes, tratava-se de um “sentimento religioso”, uma “posição ideológica” do constituinte, nas palavras do ministro Carlos Velloso. Segue a ementa:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (BRASIL, 2003, p. 86).

Situação semelhante se deu com o embate jurídico acerca da presença de símbolos, objetos e representações religiosas em órgãos públicos. Cito um dos diversos processos sobre o tema. Trata-se de Pedido de Providências movido por Bruno Santos Rodrigues em face do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná com fins à retirada de imagens e crucifixos dos prédios do Poder Judiciário, que representariam um privilégio em relação à religião cristã.

Como resultado o Conselho Nacional de Justiça, através da figura do relator Conselheiro Emmanoel Campelo, decidiu pela manutenção dos referidos símbolos religiosos, com os fundamentos de que “são mais símbolos culturais do que religiosos”, “ser laico não significa ser inimigo da religião”, dentre outros (BRASIL, 2016), concluindo que isso não fere a laicidade do Estado.

---

<sup>3</sup> As demais Constituições do Brasil podem ser consultadas no mesmo endereço eletrônico citado nas referências, da Constituição Federal atual, de 1988.

Tal discussão já foi levada para diversas frentes, menção de Deus em cédulas monetárias, feriados religiosos, nomes de cidade, etc., concluindo com o posicionamento já consolidado do Judiciário de que essas alusões religiosas compõem a cultura e história do Brasil, em nossas palavras, a percepção dessas autoridades Judiciárias sobre o que seria uma identidade brasileira.

Essa percepção cultural não é exclusiva do Judiciário. O sociólogo Blancarte (2008, p. 27) reconhece esse aspecto, porém com uma importante ressalva:

[...] a moral pública não pode estar totalmente secularizada, à medida que as religiões formam parte essencial da cultura dos povos. Os legisladores e funcionários públicos estão influenciados em sua visão de mundo pelas suas respectivas religiões e cosmovisões. Mas há dois aspectos que modificam completamente a definição desta moral pública em uma sociedade secularizada e em um Estado laico: 1) em virtude do crescente papel da liberdade de consciência, a moral já não pode estar definida por uma hierarquia e sua interpretação da doutrina; 2) os legisladores e funcionários públicos, mesmo que tenham suas crenças pessoais (religiosas ou de outro tipo), não devem nem podem impô-las à população. Devem responder essencialmente ao interesse público, que pode ser distinto de suas crenças pessoais.

É a tênue linha entre uma manifestação cultural, ideológica e identitária, e uma ofensa à laicidade do Estado, através da imposição dos preceitos morais de uma religião específica ou mesmo a concessão de privilégios, que é trabalhada nessa obra. É mister reconhecer que o entendimento sobre as finalidades, atribuições e limites do Estado, assim como o próprio entendimento sobre o que é laicidade não é simples, tampouco pacífico, e carece de uma análise mais detalhada.

### 3 O INTERESSE PÚBLICO

Quais os objetivos do Estado? O que é de interesse público? Quais as fronteiras do laico e do sacro? Como atender e entender os atuais reclames da sociedade?

De acordo com Friede (2006, p. 34-35, grifo do autor):

[...] a teoria do *pacto contratualista* desenvolvida, sobretudo, por ROUSSEAU, somente pode e deve ser considerada (mesmo que parcialmente) no instante da formação do agrupamento humano mais complexo denominado *Estado*, pois somente neste momento é que, inicialmente, por decisão de cada membro da sociedade nacional, ou seja, da *Nação* (posteriormente, vale assinalar que o pacto é uma efetiva imposição), se estabelece – de comum acordo – um poder abstrato e supremo (denominado soberania) que passa a comandar, de forma coletiva, os membros da comunidade, obrigando-os a sujeitarem-se ao

regramento comum (e fundamental) estabelecido (denominado Constituição), independentemente de suas vontades individuais, caracterizando a noção básica da prevalência do *interesse público* sobre o *interesse privado*, em nome do *bem comum*.

Assim, podemos entender que a associação humana que gera o Estado o faz através da abdicação por parte dos seus indivíduos de parte da sua liberdade individual, submetendo-se ao regramento imposto a todos, com vistas ao bem comum, ou bem social, ou interesse público ou da coletividade.

A respeito do interesse público, Blancarte (2008, p. 27, grifo nosso) tem uma sucinta, porém atenta definição, em especial para os tópicos dessa pesquisa:

[...] aos legisladores e funcionários públicos que seu papel não é de impor políticas públicas a partir de suas crenças pessoais, senão o de levar a cabo suas funções de acordo com o **interesse público, definido pela vontade popular da maioria, sem excluir os direitos das minorias**. A defesa do Estado laico é essencial para a defesa de liberdades civis nas quais estão inseridos os direitos sexuais e reprodutivos.

Sintetizando o conceito sociológico com as garantias previstas na Constituição, é possível deduzir que o posicionamento privilegiado de um grupo religioso perante e no Estado, a título de exemplo, seria lesivo aos interesses de tantos outros, tanto que não partilhem com o seu sentimento religioso quanto os que tenham preceitos morais conflitantes com os dogmas de determinada religião.

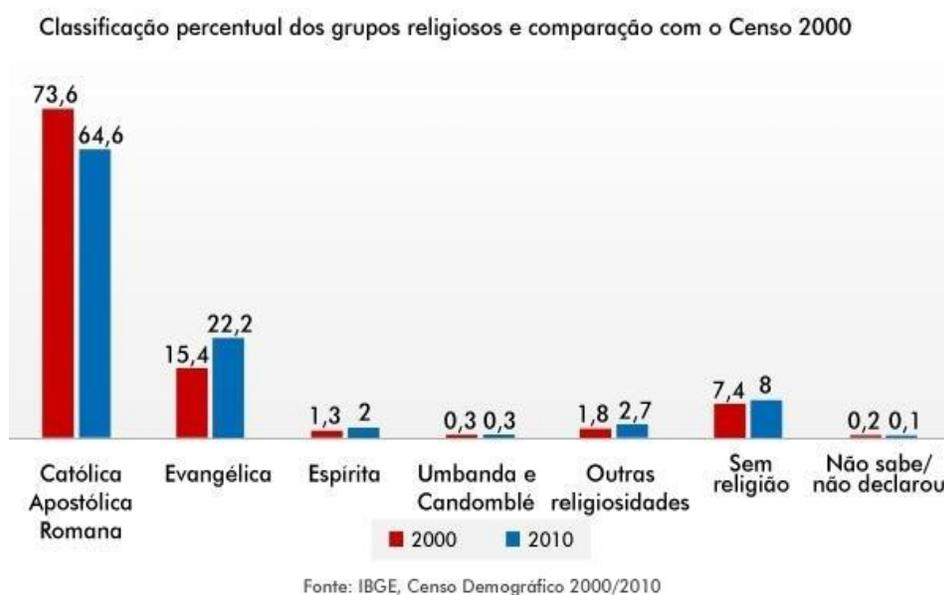
Diversos autores das ciências sociais debatem acerca da laicidade do Estado, em especial por ser este um tema muito pertinente à nossa realidade. Mariano (2011, p. 244) define essa laicidade como uma exclusão dos poderes eclesiásticos da vida política do Estado:

A noção de laicidade, de modo sucinto, recobre especificamente à regulação política, jurídica e institucional das relações entre religião e política, igreja e Estado em contextos pluralistas. Refere-se, histórica e normativamente, à emancipação do Estado e do ensino público dos poderes eclesiásticos e de toda referência e legitimação religiosa, à neutralidade confessional das instituições políticas e estatais, à autonomia dos poderes político e religioso, à neutralidade do Estado em matéria religiosa (ou a concessão de tratamento estatal isonômico às diferentes agremiações religiosas), à tolerância religiosa e às liberdades de consciência, de religião (incluindo a de escolher não ter religião) e de culto.

Outro conceito sobre laicidade, que ressalta a soberania popular, é o atribuído pelo sociólogo mexicano Blancarte (2008, p. 19): “um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e já não mais por elementos religiosos”.

Entretanto, no nosso contexto, a laicidade não é um tema pacífico e unísono. Conforme apresenta o Censo Demográfico 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, quase 87% (oitenta e sete por cento) da população brasileira é cristã, seja católica ou evangélica (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010):

**Figura 1** – Censo Demográfico 2010 (grupos religiosos).



**Fonte:** IBGE (2010).

Ainda, uma pesquisa internacional encontrou um resultado com uma semelhança inquestionável. Os entrevistados deveriam responder com sim ou não à pergunta: “A religião é uma parte importante da sua vida diária?”. No Brasil, 87% (oitenta e sete por cento) dos entrevistados responderam que sim (CRABTREE, 2010).

Nas palavras de Janine Trevisan (2013, p. 42):

Mas o que é a soberania popular, senão o respeito à vontade do povo em respeito ao bem comum? E como pensá-la quando o próprio povo mostra-se religioso, quando o próprio cidadão é crente? Como definir os limites entre a imposição da liderança de uma igreja e a sua representação legítima de cidadãos crentes?.

Esse dilema não é novo e desde a I República o Estado brasileiro tem travado o embate entre a intenção de laicidade e a influência histórica que as igrejas cristãs possuem no nosso país. Segundo Quadros (2015):

Nesse sentido, o rompimento com o regime do padroado e o laicismo que esteve presente nas ambições dos positivistas que geriram a I República figuram como ações parentéticas, que rapidamente cederam lugar ao retorno do influxo da Igreja na vida pública brasileira. É, portanto, em virtude da proeminência do catolicismo na sociedade – e, por consequência, no Estado – que o país historicamente se enquadraria no conceito de "quase laicidade" proposto por Catroga (2006).

Ainda, Mariano (2011, p. 254):

A separação republicana entre Igreja e Estado jamais resultou na privatização do religioso no Brasil, nem muito menos na exclusão mútua entre religião e política. E, diferentemente dos casos francês, uruguaio e mexicano, nunca desencadeou um movimento anticlerical radical. Da mesma forma, a laicidade não constitui propriamente um valor ou princípio nuclear da República brasileira, que deve ser defendido e preservado a todo custo, nem a sociedade brasileira é secularizada como a francesa e a inglesa, por exemplo, o que por si só constitui séria limitação às pretensões mais ambiciosas de laicistas de todos os quadrantes[...].

Considerando essa tradição cristã enraizada na cultura brasileira, que se mostra através dos censos realizados, é de se esperar que a ideologia religiosa dos fiéis extrapole as fronteiras da vida privada e invadam as esferas públicas e a política. Tanto observamos isso na condição do crente enquanto eleitor como enquanto parlamentar, mesmo porque, até então, esses crentes se excluía da vida política. Prática que mudou recentemente, como se demonstrará posteriormente. Esse fato é plausível de acarretar confusão nas esferas da vida do cidadão, quando o exercício democrático é para ele uma novidade.

A grande questão no que diz respeito à laicidade do Estado e o resguardo do interesse público, é identificar fronteiras entre um exercício legítimo dos próprios direitos e poderes políticos em prol do resguardo dos interesses de determinado grupo, e a exclusão de grupos minoritários baseada em fundamentalismos religiosos, que não deveriam ultrapassar a seara doméstica do crente ou a institucionalidade de sua igreja.

#### 4 A BANCADA EVANGÉLICA

Se hoje percebemos nos movimentos religiosos uma grande potência política, outrora ocorria justamente o oposto. A produção acadêmica é farta na abordagem dessa mudança de postura. Com os devidos destaques de cada um, os autores apresentam uma postura inicial de abstinência política com base na crença religiosa de segregação das coisas mundanas e pecaminosas (ironicamente uma postura de separação severa da igreja e da política).

[...] de acordo com as prescrições evangélicas tradicionais, os crentes devem, cuidadosamente, mesmo obsessivamente, evitar as coisas deste mundo. Isto significava, explicitamente, a negação da política e do político. Ou seja, durante a maior parte da história dos evangélicos no Brasil, a política mundana provocava não só desaprovação, mas aversão visceral. A máxima 'a César o que é de César e a Deus o que é de Deus' aparecia como um refrão frequente, quase reflexivo, uma advertência aos fiéis à gestão degradada dos assuntos terrestres (COWAN, 2014, p. 107).

A partir da véspera da nossa última constituinte essa postura mudou para um ativismo político que galga cada vez mais influência no Congresso.

A Assembleia Nacional Constituinte, eleita em 1986, simbolizou a redemocratização e inaugurou um vigoroso ativismo pentecostal na política partidária nacional. Algo surpreendente, uma vez que até o início dos anos 1980 os pentecostais se autoexcluía da política partidária, realçando seu apolitismo com o lema “crente não se mete em política” (MARIANO, 2011, p. 250).

Parte do motivo se deu por receio de que se os evangélicos não o fizessem, os “adversários” católicos ocupariam aquele espaço de influência.

O temor de que a Igreja Católica retomasse seus privilégios junto ao Estado, a suposta ameaça à liberdade religiosa e a luta por seus interesses institucionais e pela moralidade cristã tradicionalista (Mariano, 2009 e 2011) também compuseram a justificativa para seu inusitado ativismo político (TREVISAN, 2013, p. 33).

Também para defender os seus interesses e valores institucionais. Percebam que desde início a motivação dessa movimentação é de enfrentamento, de embate com grupos que consideravam como adversários, e também de firmar em algum ponto da política nacional os seus valores morais.

Os pentecostais abandonaram sua tradicional autoexclusão da política partidária, justificando seu inusitado ativismo político – antes proibitivo, porque tido como mundano e diabólico – com a alegação de que urgia defender seus interesses institucionais e seus valores morais contra

seus adversários católicos, homossexuais, "macumbeiros" e feministas na elaboração da carta magna. Para tanto, propuseram-se as tarefas de combater, no Congresso Nacional, a descriminalização do aborto e do consumo de drogas, a união civil de homossexuais e a imoralidade, de defender a moral cristã, a família, os bons costumes, a liberdade religiosa e de culto e de demandar concessões de emissoras de rádio e tevê e de recursos públicos para suas organizações religiosas e assistenciais (Pierucci, 1989; Freston, 1993). Os pentecostais, ao mesmo tempo que faziam referência ao tradicional adversário católico, aludiam a seus adversários laicos, como justificativa para 'irmão votar em irmão', seu novo lema (MARIANO, 2011, p. 250-251).

Convém lembrar um ponto, como foi mencionado anteriormente, mesmo que se conteste o mérito desse tipo de exercício do sufrágio que se tornou característico por parte dos evangélicos, em especial os pentecostais. Como aponta ORO (2003), essa liderança religiosa, eleita como liderança política que representa o crente enquanto cidadão, pode ser a única forma de participação política desse cidadão, até então, e embora influenciado pelas suas lideranças religiosas, esse crente está experimentando um nível de participação política nunca antes registrado.

A representação política desse grupo de fiéis, independente das críticas quanto ao adequado e consciente exercício da democracia, é realizada pelo grupo comumente conhecido como Bancada Evangélica.

A Frente Parlamentar Evangélica do Congresso Nacional, popularmente conhecida como Bancada Evangélica, é uma associação constituída no âmbito da referida casa legislativa, criada em 2003, e composta conforme informação do sítio eletrônico da Câmara Federal, por 198 (cento e noventa e oito) deputados, incluindo os que estão fora do exercício e quatro senadores<sup>4</sup>. Em 2015 (dois mil e quinze) se formalizaram como grupo.

Conforme consta em seu próprio Estatuto (REQ 3424/2015, publicado no Diário da Câmara dos Deputados em 9 de novembro de 2015) a Bancada Evangélica deixa expressa a finalidade e forma de atuação:

[...] **influindo no processo legislativo** a partir das comissões temáticas existentes nas Casas do Congresso Nacional, segundo seus objetivos,

---

<sup>4</sup> Disponível no site:  
<<http://www.camara.leg.br/internet/deputado/frenteDetalhe.asp?id=53658>>.

combinados **com os propósitos de Deus, e conforme Sua Palavra** (BRASIL, 2015, p. 4, grifo nosso)<sup>5</sup>.

Como se pode perceber desde a denominação da Frente, pela sua composição e pela finalidade expressa em seu Estatuto (acima), a referida Bancada e os seus componentes, se propõe a atuar no processo legislativo de forma a incutir à sociedade os princípios que eles consideram estar conforme a Palavra de Deus (que seria, para a religião Evangélica, a Bíblia Sagrada), inclusive com um manuseio muito competente das negociações e alianças políticas.

Mais recente é o forte tradicionalismo moral que tem marcado a atuação da Frente Parlamentar Evangélica, que trouxe para si o mandato da defesa da família e da moral cristã contra a plataforma dos movimentos feministas e de homossexuais e dos grupos de direitos humanos, valendo-se de alianças até mesmo com parlamentares católicos, diálogo historicamente impensável no campo eclesiástico. Este discurso tem um apelo que atinge não só evangélicos, mas também católicos e outros grupos sociais mais conservadores que nem são ligados à religião (CUNHA, 2015, p. 210).

## **5 ESTATUTO DA FAMÍLIA**

Depois de diversos processos judiciais e muitas manifestações de movimentos sociais LGBT, em 2013 o Conselho Nacional de Justiça-CNJ determinou que os cartórios não poderiam se recusar a celebrar o casamento civil de pessoas do mesmo sexo, em outras palavras, legalizou o casamento homoafetivo, por meio da Resolução nº 175 de 2013 (BRASIL, 2013a).

Finalmente a autoridade Judiciária brasileira manifestou o seu posicionamento e “reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo” (BRASIL, 2013a). Tal decisão foi emblemática e digna de orgulho para o Judiciário brasileiro perante países de todo o mundo.

A agência de notícias do CNJ informa que nesses quatro anos de vigor da referida decisão, mais de quinze mil casamentos foram celebrados<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Disponível no site: <[http://www.camara.leg.br/internet/deputado/Frente\\_Parlamentar/53658-integra.pdf](http://www.camara.leg.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/53658-integra.pdf)>.

<sup>6</sup> Disponível no site: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84740-lei-sobre-casamento-entre-pessoas-do-mesmo-sexo-completa-4-anos>>.

Hoje não resta dúvida de que os grupos fundamentalistas religiosos consideraram esse um forte golpe. A resposta veio rápida e à altura. Uma das iniciativas da Bancada Evangélica: o Estatuto da Família (BRASIL, 2013b).

Trata-se de um projeto de lei (PL 6.583/2.013) apresentado perante a Câmara Federal pelo deputado federal Anderson Ferreira (componente da Bancada Evangélica), e visa, dentre outras coisas, trazer uma série de instrumentos e procedimentos para reforçar a assistência da “Família”. O projeto e a sua tramitação podem ser acessados na página eletrônica da Câmara dos Deputados<sup>7</sup>.

A intenção do instrumento normativo aparenta ser ótima, além de necessária, ocorre que o instrumento não se limitou a assistir à família, mas também a definir (e limitar o acesso à tutela estatal) qual seria essa família. O que interessa para o presente estudo e discussão é o artigo segundo do referido projeto, que se transcreve:

Art. 2º Para os fins desta Lei, define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre **um homem e uma mulher**, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 2013b, p. 1, grifo do autor)<sup>8</sup>.

Para que não haja dúvida acerca da intenção do autor do projeto, transcrevo mais alguns trechos da justificativa do projeto:

Conquanto a própria carta magna tenha previsto que o Estado deve proteger a família, o fato é que não há políticas públicas efetivas voltadas especialmente à valorização da família e ao enfrentamento das questões complexas a que estão submetidas às famílias num contexto contemporâneo.

[...] São diversas essas questões. **Desde a grave epidemia das drogas, que dilacera os laços e a harmonia do ambiente familiar, à violência doméstica, à gravidez na adolescência, até mesmo à desconstrução do conceito de família**, aspecto que aflige as famílias e repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo (página 06).

[...] O estatuto aborda questões centrais que envolvem a família. Primeiro propugna duas ideias: o fortalecimento dos laços familiares a partir da união conjugal firmada entre o homem e a mulher, ao

---

<sup>7</sup> Disponível no site:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetratitacao?idProposicao=597005>>.

<sup>8</sup> Disponível no site:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=E07F8DEA069B0CAFD2DB39D29DE24FB3.proposicoesWebExterno1?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E07F8DEA069B0CAFD2DB39D29DE24FB3.proposicoesWebExterno1?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013)>.

**estabelecer o conceito de entidade familiar** (BRASIL, 2013b, p. 7, grifo nosso).

Nota-se a seriedade da questão de gênero e sexualidade para o parlamentar. Nos dizeres do autor do projeto, o mesmo entende que contemporaneamente existem diversas questões complexas em relação às quais o Estado deve ir ao “enfrentamento”. Uma dessas, comparada às drogas e à violência doméstica, é a “desconstrução do conceito de família”, o que “repercute na dinâmica psicossocial do indivíduo”.

A atuação típica da Bancada Evangélica não se limita a galgar rumo aos interesses das igrejas que representam. Eles também possuem um assumido embate em relação aos grupos LGBT.

Os parlamentares evangélicos, em nome do que chamam de luta pela moralização da família, têm travado forte embate político-religioso com os movimentos LGBT, buscando impedir que suas reivindicações sejam acolhidas e aprovadas pelo Estado. Isso se verificou, por exemplo, na discussão do tema da união civil entre pessoas do mesmo sexo, uma antiga reivindicação desses movimentos. No Congresso Nacional tramitavam diversos projetos de lei que nunca conquistaram aprovação [...] um dos projetos, o primeiro nesse sentido no Brasil, foi o PL 1151, de autoria da deputada federal Marta Suplicy, em 1995 (SOUZA, 2013, p. 190).

O referido Projeto de Lei mencionado supra era o Estatuto das Famílias, que vinha a pleitear justamente a inclusão das múltiplas composições familiares ao reconhecimento do Estado.

Diversas são as polêmicas atuações da Bancada Evangélica a respeito de contrapor tentativas de inclusão de indivíduos e grupos LGBT. Atuações sobre as quais devemos nos debruçar para analisar os limites a respeito da laicidade.

Sobre esse tipo de atuação, Luís Roberto Barroso constata os fundamentos religiosos para a discriminação das relações homoafetivas, e posiciona-se no sentido de que o espaço privado da existência de cada um, no qual se localiza a orientação sexual, não deve ser objeto de interdição pelo Direito:

[...] os autores que defendem a exclusão das relações homoafetivas do regime da união estável procuram justificar sua posição com base em três fundamentos, a seguir analisados: a impossibilidade de procriação, a violação dos padrões de “normalidade moral” e a incompatibilidade com os valores cristãos.

[...]

As uniões afetivas entre pessoas do mesmo sexo são uma consequência direta e inevitável da existência de uma orientação

homossexual. Por isso mesmo, também são um fato da vida, que não é interdito pelo Direito e diz respeito ao espaço privado da existência de cada um (BARROSO, 2011, p. 8-17).

## **6 MATERIAIS E MÉTODOS**

Trata-se de pesquisa bibliográfica cujo objeto é a atuação religiosa da Bancada Evangélica na produção de leis, a despeito da previsão de laicidade do Estado. Para estudar tal objeto foi escolhido como fonte de dados o projeto de lei denominado Estatuto da Família, especificamente o seu artigo segundo, que propõe uma especificação de família legítima conforme os preceitos dispostos na Bíblia, livro considerado sagrado pelas religiões cristãs, das quais se forma a Bancada Evangélica.

Foi feita a coleta dos pronunciamentos dos deputados e deputadas participantes da Comissão Especial que vota o Estatuto da Família, através do sítio eletrônico da Câmara dos Deputados. Em seguida foram selecionados os pronunciamentos considerados mais produtivos, cujo critério de seleção foi a presença mais explícita de discursos que integram uma opção religiosa ou se enquadram nas teorias sociais estudadas sobre direito, gênero e religião, tais como os dizeres sobre a constitucionalidade, a heterossexualidade compulsória, o ativismo político-religioso, etc.

Foi feita a síntese das ideologias extraídas das falas dos parlamentares, com a menção de palavras e expressões que se repetem, pois é sobre essa formação discursiva que se desenvolveu a conclusão da presente pesquisa. Reitero, essa pesquisa se destina à identificação dos discursos utilizados para apoiar o projeto e uma breve análise do mesmo, especificamente do artigo segundo, que trata da definição do conceito de família e a identificação da família agasalhada por esta lei.

Ainda urge esclarecer que por questão de espaço não foi possível a transcrição dos discursos na íntegra, o que não prejudica a credibilidade da pesquisa, pela possibilidade de fácil acesso no endereço eletrônico indicado.

Sobre o artigo segundo do Estatuto da Família e sobre a justificativa do proponente do projeto e sobre os discursos de manifestação favorável à sua aprovação, faz-se uma pesquisa interdisciplinar, comparando os discursos dos legisladores com a doutrina jurídica da matéria constitucional, do Direito da Família, além dos estudos sobre sociologia da religião, da antropologia de gênero e das identidades na pós-

modernidade, por meio de obras selecionadas como mais pertinentes após o levantamento bibliográfico.

## 7 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Segue-se a síntese da ideologia da Bancada Evangélica acerca da relação entre gênero, sexualidade e constituição familiar. Tais pronunciamentos estão disponíveis para consulta na página da Câmara<sup>9</sup>, e integram o acervo de documentos constante no andamento do Projeto de Lei.

A seleção de expressões foi feita com a finalidade de comprovar a hipótese apresentada, de que a finalidade da agência da Bancada Evangélica é a produção de uma lei sacra, para atender a interesses institucionais religiosos e os de seus eleitores (componentes de grupos religiosos com concepções homofóbicas):

### 7.1 Análise dos discursos

Percebe-se nos pronunciamentos dos deputados favoráveis à legitimação do molde familiar trazido pelo projeto os seguintes pontos em comum:

De forma heterogênea, o uso de termos como “moldes tradicionais”, “valores da família”, “família tradicional”, “país conservador”, percebe-se uma fundamentação na [a] **tradição**. Essa “tradição” tem um sentido de discriminar grupos legitimados de grupos marginalizados.

Também usam frases como “bons princípios da Igreja”, “criação divina”, “tradição judaico-cristã”, “ensinos do cristianismo”, “sob a proteção de Deus”, além de termos próprios de sermões religiosos, baseados em passagens bíblicas famosas, como “Deus”, “macho e fêmea”, “pedra angular”, que sintetizam a ideia de [b] **embasamento religioso** conforme os mandamentos do cristianismo para a criação de leis que se aplicação à sociedade.

A Bancada, até para agradar os seus eleitores, não faz qualquer tentativa de esconder o embasamento teológico da sua atuação legislativa. Esse é o *modus operandi* do grupo, misturando mandamentos bíblicos com aprovação ou reprovação de

---

<sup>9</sup> Disponível no site: <<http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/?wicket:interface=:1:1>>.

leis de caráter geral voltadas à coletividade, sob a escusa da sociedade de maioria cristã.

Usam também de maneira diversificada argumentos como “sobrevivência da entidade familiar”, “a instituição familiar [...] é atacada”, “segurança às famílias brasileiras” na intenção de expor que [c] a **família brasileira** (tradicional) **está sendo ameaçada** pelos movimentos que pedem o reconhecimento dos direitos fundamentais e civis das diversas composições familiares modernas.

Sua postura é de beligerância, combate ao grupo contrário aos seus preceitos (que não necessariamente saem em combate à Bancada, mas na maioria das vezes em defesa de seus próprios direitos). Essa nova roupagem das “guerras santas” vem se tornando presente há algumas décadas.

Ainda, “perpetuação da humanidade”, “procriação”, “macho e fêmea”, para fundamentar a família (e por que não dizer, a relação sexual) no [d] **ato procriativo** (“ainda que sem afeto ou felicidade”). Aqui se faz referência entre a usual divisão do natural e do contrário à natureza. É visível o discurso essencialista e o seu apelo ao biológico, ao instintivo, em detrimento do culturalmente, socialmente e historicamente construído.

Também a [e] **discriminação dos casais homoafetivos** como pessoas que apresentam riscos às crianças e à sociedade, seja por não ensinarem às crianças as tradições do patriarcado e da heterossexualidade compulsória, seja por serem ‘doentes’, ‘anormais’. Percebe-se em orações como “pares homossexuais” (e não casais), “comportamento [...] (a)normal”, a remissão às condições de patologia, distúrbio, anormalidade, etc. Tais falas contrapõe a normalidade com a anormalidade. Impõe categorizações como o pecado, o crime e a patologia.

Alegam além, a [f] **constitucionalidade** do projeto, segunda uma interpretação literal do artigo 226 da Constituição Federal, criticando a interpretação dada pelo STF sobre a constitucionalidade do tratamento isonômico dos casais homoafetivos em relação ao heteroafetivos, como um “ativismo judicial”. Ainda, uma interpretação muito arriscada, pois coloca a Lei Máxima em contradição a princípios já sinalizados como constitucionais, como os princípios da isonomia, do intervencionismo mínimo, além de

usurpar de grupos minoritários a tutela estatal a direitos fundamentais, como o da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da felicidade, dentre outros.

## **8 CONCLUSÃO**

Após apresentado o projeto de lei foi criado, conforme regras do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, uma Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto, pelo até então presidente da Câmara, Henrique Eduardo Alves, em Ato datado de 5 de fevereiro de 2014. O projeto foi aprovado por 17 (dezesete) votos favoráveis e 5 (cinco) votos contrários.

A votação tem caráter conclusivo e o projeto deveria seguir direto para a votação no Senado. Entretanto fora apresentado recurso pelo deputado Jean Wyllys, dentre outros, para que o projeto fosse submetido ao Plenário da Câmara. Agora estão sendo recolhidas assinaturas para fundamentar o recurso, que devem ser de ao menos 51 deputados.

O que se apresenta neste trabalho é a conclusão de uma análise comparativa, com a identificação e explicação dos termos e falas usadas pelos legisladores no contexto das ciências sociais. Trata-se de suma importância essa análise, pois ali encontramos os indícios de fundamentalismo religioso que se apontam como emergentes no processo legislativo pátrio.

Na opinião desses pesquisadores, com fundamento na pesquisa realizada, a partir do momento que um instrumento normativo é fundamentado exclusivamente em conceitos religiosos, sem demonstrar-se a necessidade e a preocupação jurídica, já se extrapola muito esse limite. Até mesmo a justificativa do projeto de lei se torna difícil visto que visa não buscar a satisfação de um direito do grupo de eleitores da Bancada, mas o óbice ao reconhecimento de um grupo eleito como inimigo, adversário. Dentre as opções jurídicas, tomou-se como objeto para a pesquisa o Estatuto da Família.

Outra discussão emergente é constitucionalidade dessa forma de atuação política e legislativa, pois ela, a despeito das críticas acadêmicas, políticas e sociais, está dentro dos limites da legalidade, conforme as leis eleitorais. Podemos dizer que se trata de mera representação de um grande grupo de eleitores brasileiros? Ou, se essa atividade legislativa é lesiva, como evitá-la?

Trata-se de um limite muito difícil de estabelecer. Pois de um lado há um grupo de cristãos que corresponde a quase 90% (noventa por cento) da população brasileira. Esse imenso grupo de pessoas evidentemente tem o direito de se verem representadas politicamente e para tanto confiam em seus líderes religiosos.

Antes que se comesse a criticar os parâmetros de escolha de um representante político pelo critério religião, deve-se lembrar que esse despertar para o interesse político nesse grupo é recente e apesar do modo como vem sendo feito, o interesse político de um grupo tão grande de cidadãos é algo positivo. Talvez a solução seja investir em um letramento, uma educação política. Mas por outro lado, como fazer isso quando a própria Bancada Evangélica inibe as iniciativas de inserir uma educação crítica nas escolas?

Será que a alternativa é investir em uma normatização com regras mais estritas para os políticos e punições mais severas? Talvez, mas a história do nosso país nos mostra que o progresso da legislação no que diz respeito aos próprios legisladores se limitarem e preverem punições para si mesmos é um processo muito demorado. Até que ponto o Judiciário é competente para interferir nessa situação? Há algum tempo já vem se criticando a atuação do Judiciário por invasão de competência. Seria constitucionalmente possível ter esperança nessa solução?

Não existem respostas fáceis. Pode-se dizer que a própria percepção da complexidade de conceitos e instituições como laicidade e Estado, e o enfrentamento de questões delicadas que se faziam ser ignoradas ou silenciadas, como o respeito à população LGBT, já é um progresso.

O que restará para nós acompanharmos é se essa posição de ativismo político de algumas denominações religiosas, que elegem como seus representantes os políticos que atuam em conjunto como Bancada Evangélica, efetivamente colocarão em risco a laicidade do Estado e trarão lesões aos direitos fundamentais e civis de indivíduos e grupos, tais como os das famílias homoafetivas.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 17, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-105->

Artigo\_Luis\_Roberto\_Barroso\_(Diferentes\_mas\_iguais\_o\_reconhecimento\_juridico\_das\_relacoes\_homoafetivas\_no\_Brasil).pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BLANCARTE, Roberto. Discriminación por motivos religiosos y Estado Laico: elementos para uma discusión. **Estudios sociológicos**, v. 21, n. 62, p. 279-307, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2076.

Requerente: Partido Social Liberal. Relator: ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 29 de setembro de 1999. **Diário de Justiça**, n. 151, p. 86, 8 ago. 2003. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+2076%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+2076%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d8rezm5>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de Providências nº 0000620-

85.2013.2.00.0000. Requerente: Bruno Santos Rodrigues. Relator: conselheiro

Emmanoel Campelo. Brasília, DF. **Diário da Justiça**, n. 107, p. 2-6, 24 jun. 2016.

Disponível em:

<[https://diarios.s3.amazonaws.com/CNJ/2016/06/pdf/20160624\\_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAI45WSOUE2QEAQ6HQ&Expires=1519699164&Signature=3R%2BRqjNk09aY0AUq0NsjWUHV%2Bh0%3D](https://diarios.s3.amazonaws.com/CNJ/2016/06/pdf/20160624_2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAI45WSOUE2QEAQ6HQ&Expires=1519699164&Signature=3R%2BRqjNk09aY0AUq0NsjWUHV%2Bh0%3D)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. Requerimento nº 3.424, de 9 de novembro de 2015.

Registro da Frente Parlamentar Evangélica do Congresso. **Diário da Câmara dos deputados**, 2015. Disponível em:

<[http://www.camara.leg.br/internet/deputado/Frente\\_Parlamentar/53658-integra.pdf](http://www.camara.leg.br/internet/deputado/Frente_Parlamentar/53658-integra.pdf)>. Acesso em: 28 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013a.

Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Câmara dos deputados. Projeto de Lei nº 6.583, de 16 de outubro de 2013b.

Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1159761&filenome=PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filenome=PL+6583/2013)>. Acesso em: 28 jun. 2017.

COWAN, Benjamin. "Nosso Terreno": crise moral, política evangélica e a formação da 'Nova Direita' brasileira. **Varia História**, Belo Horizonte, v. 30, n. 52, p. 101-125, 2014.

CUNHA, Magali do Nascimento. Bancada evangélica tem católicos como aliados em pautas homofóbicas, diz pesquisadora. Entrevista concedida a Helder Lima. **Instituto Humanitas UNISINOS**, São Leopoldo, 30 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/542202-bancada-evangelica-tem-catolicos-como-aliados-em-pautas-homofobicas-diz-pesquisadora>>. Acesso: 23 nov. 2017.

CRABTREE, Steve. Religiosity Highest in World's Poorest Nations. **Gallup World Poll**, 2010. Disponível em: <[http://www.gallup.com/poll/142727/Religiosity-Highest-World-Poore-stNations.aspx?utm\\_source=RELIGION&utm\\_medium=search&utm\\_campaign=tiles](http://www.gallup.com/poll/142727/Religiosity-Highest-World-Poore-stNations.aspx?utm_source=RELIGION&utm_medium=search&utm_campaign=tiles)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. 91 p. Disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd\\_2010\\_religiao\\_deficiencia.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf)>. Acesso em: 23 nov. 2017.

MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira: Católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. **Civitas – Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 238-258, maio/ago. 2011.

ORO, Ari Pedro. A política da igreja universal e seus reflexos nos campos religioso e político brasileiros. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 18, n. 53, out. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n53/18078>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

QUADROS, Marcos Paulo dos Reis. **Conservadorismo à brasileira**: sociedade e elites políticas na contemporaneidade. 2015. 273 f. Tese (doutorado em Ciências Sociais)- Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

SOUZA, Sandra Duarte de. Política religiosa e religião política: os evangélicos e o uso político do sexo. **Estudos de Religião**, v. 27, n. 1, p. 177-201, jan./jun. 2013.

TREVISAN, Janine. A Frente Parlamentar Evangélica: força política no Estado laico brasileiro. **Numen: Revista de Estudos e Pesquisa da Religião**, Juiz de Fora, v. 16, n. 1, 2013.

## Capítulo 13

### **TEORIA CLÁSSICA E TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: potencial libertador?**

CLASSICAL THEORY AND CRITICAL THEORY OF HUMAN RIGHTS: liberating potential?

*Fernanda Cristina Barros Marcondes*<sup>1</sup>

#### **RESUMO**

Tendo em vista as diferentes concepções existentes sobre os Direitos Humanos, o presente trabalho tem por objetivo questionar se os Direitos Humanos possuem um potencial de emancipação. A pesquisa é bibliográfica, com o método de abordagem crítica de análise da realidade como sendo o dialético, e o tipo de investigação comparativa. Assim, para alcançar os objetivos da pesquisa, o trabalho apresenta o processo histórico de formação da concepção clássica dos Direitos Humanos, além de demonstrar os principais pressupostos dessa teoria. Assim, de modo dialético, apresenta-se uma teoria crítica dos direitos humanos, contrapondo os elementos da teoria hegemônica. Os resultados obtidos demonstram que a concepção clássica possui um viés positivista, estatal, universalista, dualista, do pensamento simplificador. A concepção crítica dos direitos humanos contrapõe com elementos da extra-estatização pautado em uma perspectiva do Pluralismo Jurídico, com bases na singularidade plural, pluralidade e pensamento complexo. Ademais, a teoria da libertação é um importante elemento presente na formação de uma teoria crítica. Diante disso, a pesquisa conclui que a concepção clássica dos Direitos Humanos não possui um caráter emancipador, e sim excludente. A teoria crítica dos Direitos Humanos possui um viés libertador, embora tenha dificuldades de conseguir concretizar as suas premissas teóricas no plano material, haja vista estar diante das estruturas opressoras do capitalismo.

---

<sup>1</sup> Universidade Estadual Paulista (UNESP) – campus de Franca/SP – Mestrado em Direito – e-mail: fernandacbmarcondes@gmail.com.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Concepção hegemônica dos direitos humanos. Teoria crítica dos direitos humanos.

### **ABSTRACT**

In view of the different views on human rights, The present work has as objective to question if the Human Rights have a potential of emancipation. The research is bibliographical, with the method of critical approach of analysis of reality as being the dialectic, and the type of comparative investigation. Thus, in order to achieve the objectives of the research, the paper presents the historical process of forming the classic conception of Human Rights, in addition to demonstrating the main assumptions of this theory. Thus, in a dialectical way, a critical theory of human rights is presented, opposing the elements of hegemonic theory. The results show that the classical conception has a positivist, state, universalist, dualist bias of simplistic thinking. The critical conception of human rights contrasts with elements of extra-nationality based on a perspective of Legal Pluralism, based on plural singularity, plurality, complex thinking. In addition, the theory of liberation is an important element present in the formation of a critical theory. In the face of this, the research concludes that the classical conception of Human Rights does not have an emancipatory, but excluding character. The critical theory of human rights has a liberating bias, although it has difficulties in concretizing its theoretical premises on the material plane.

**Keywords:** Human rights. Hegemonic conception of human rights. Critical theory of human rights.

## **1 INTRODUÇÃO**

Com a Independência dos Estados Unidos, com a Revolução Francesa e com os arcabouços teóricos do Iluminismo fincou-se um novo marco histórico no ocidente: a transição do período medieval para a Era Moderna. No entanto, com esse novo marco não houve apenas uma rele mudança conceitual em relação ao tempo, mas a constituição e a construção de bases jurídicas, sociais e econômicas que influenciam até os dias de hoje, como a emergência do Estado Moderno, do capitalismo e dos Direitos Humanos burgueses.

Esta pesquisa inicia-se relatando o nascimento e consolidação dos Direitos Humanos Clássicos. A partir disso, busca identificar as principais características dessa concepção, buscando entender e explicar os seus elementos, bem como as suas consequências no plano material.

Em seguida, busca-se identificar as premissas teóricas de uma teoria crítica dos Direitos Humanos, identificando quais de seus elementos contrapõe a concepção clássica de Direitos Humanos. Diante disso, a presente pesquisa possui o objetivo de analisar se os Direitos Humanos possuem um potencial de emancipação, tendo em vista as inúmeras dimensões que esse direito pode ter, haja vista as distintas concepções teóricas sobre o tema.

## **2 MATERIAIS E MÉTODOS**

O levantamento de dados da pesquisa realizado é o bibliográfico. Afirmam Lakatos e Marconi (2003) que isso constitui no apanhado geral sobre os principais trabalhos já realizados sobre o tema e que fornecem informações importantes e relevantes para a pesquisa. O método de análise crítica da realidade abordada, então, é feito com a pesquisa bibliográfica amparada em livros, doutrinas, legislação, teses, dissertações, artigos publicados em jornais, periódicos, sítios eletrônicos e etc.

O método de abordagem crítica de análise da realidade como sendo o dialético, constitui um método científico que sustenta todos os fenômenos que estão em constante transformação. A opção pela dialética decorre da circunstância, segundo Marques Neto (2001, p. 132-133), de que este método não se satisfaz em considerar as normas jurídicas como algo dado, prontas ou postas, porque sabe que elas são fruto de construções, buscando identificar os critérios científicos axiológicos que prescindiram essas construções: a quais interesses estão servindo; a quais tipos de compromissos efetivamente traduzem. Assim, através do método dialético é possível ter uma perspectiva crítica e que se adequa a temática dos Direitos Humanos, sendo possível analisar os velhos e novos paradigmas dos Direitos Humanos de acordo com as transformações sociais e temporais.

O tipo de investigação será a comparativa, buscando comparar e compreender os elementos da concepção clássica dos Direitos Humanos com os elementos de uma

perspectiva teórica crítica. Isto é, compreender os Direitos Humanos de forma comparativa em relação aos marcos de dois grandes referenciais teóricos sobre o tema.

### **3 RESULTADOS E DISCUSSÃO**

#### **3.1 O processo de surgimento e consolidação dos direitos humanos**

Os Direitos Humanos Universais nasceram no século XVIII, na Escola Moderna do Direito Natural, no contexto de desenvolvimento do jusnaturalismo antropológico ou racional, também chamado de juracionalismo, tendo como teóricos desse pensamento Grócio, Samuel Pufendorf, Cristian Thomasius, Cristian Wolff, etc. Embora, nessa época, o nome “Direito Humano” não existisse, é nesse contexto histórico que nasceram as diversas Declarações de Direito que são a base para a construção de uma teoria clássica dos Direitos Humanos.

As declarações de Direitos do século XVIII, portanto, consagraram o nascimento dos direitos humanos, bem como positivaram o direito natural, destacando a Declaração de Direitos do “bom povo da Virgínia” de 1776 e a Declaração de Independência dos Estados Unidos também do mesmo ano, conforme aponta Comparato (2003, p. 49):

O artigo I da Declaração que “o bom povo da Virgínia” tornou pública, em 16 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A “busca da felicidade”, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável para todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana.

Também no contexto do Jusnaturalismo antropológico, com a Revolução Francesa, houve a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Como destaca Miaille (1994), o jusnaturalismo nessa época correspondeu como uma teoria de que necessitava a burguesia ascendente para criticar a feudalidade e transformar a sociedade que se opunha ainda à sua dominação.

Ademais, essas primeiras declarações - tanto nos Estados Unidos, como na França - são um dos caracteres do novo marco histórico que estava surgindo: a Era Moderna. Destaca-se nesse contexto de emergência da modernidade, o surgimento não só de uma nova concepção de direito, mas também de sistema econômico que

receberia o nome de capitalismo, além do nascimento da chamada democracia moderna:

Em sentido contrário, a democracia moderna, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime* – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa. O espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável. [...] a democracia moderna surgiu como movimento de limitação geral dos poderes governamentais, sem qualquer preocupação de defesa da maioria pobre contra a maioria rica [...] (COMPARATO, 2003, p. 49).

Na última etapa da Revolução Francesa, destacou-se a atuação do militar Napoleão Bonaparte, que outorgou o Código Civil Francês, denominado posteriormente de código napoleônico, o qual começou a vigorar em 1804. A codificação napoleônica foi uma das primeiras expressões juspositivistas, que segundo Miaille (1994) corresponde uma teoria de que tem necessidade uma burguesia que se tornou dominante no sistema sociopolítico.

Séculos após o nascimento dos Direitos Humanos, destaca-se a importante trajetória que esses direitos tiveram no século passado. Isso porque, após a segunda guerra mundial, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, houve o início da proteção internacional desses direitos, surgindo também outros diversos tratados e proteções internacionais ao redor do mundo, o que Bobbio (1992) cunhou chamar de “A Era dos Direitos”. É também nesse íterim, que houve a convenção do próprio nome Direito Humano.

Destaca-se, posteriormente, como elemento histórico, o processo de codificação dos Direitos Humanos através das Constituições, a Constituição Federal de 1988, por exemplo, representa esse aspecto de constitucionalização no âmbito brasileiro. A constitucionalização dos Direitos Humanos se dá também com a incorporação dos tratados internacionais no corpo do texto da Magna Carta.

O Brasil, por exemplo, é signatário de inúmeros tratados internacionais, e através da influência do “positivismo constitucional” e com o advento da EC nº 45/2004, houve o acréscimo do §3º no artigo 5º da Constituição Federal, o qual afirma que “os tratados e convenções sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do

Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (BRASIL, 1988). Assim, os tratados que versam sobre direitos humanos e que passaram pelo procedimento do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal possuem força normativa de Emenda Constitucional, já aqueles que não passaram por esse rito do artigo 5º, § 3º da CF possuem força normativa de supralegalidade. Isto é, a supralegalidade tem poder superior à lei ordinária, mas inferior à Constituição Federal.

Um dos primeiros resultados do trabalho, refere-se, portanto, ao processo de surgimento e consolidação dos Direitos Humanos. Assim, os Direitos Humanos clássicos e hegemônicos surgiram como Direitos Naturais através das primeiras declarações dos EUA e da França, mas a partir do código napoleônico se transvestiram de um direito positivo, caracterizando não só o caráter universal do direito natural, mas também um caráter estatal de legitimação do Estado Moderno capitalista.

Posteriormente, no século XX, é possível ver que os Direitos Humanos se expandiram, adentrando na etapa internacional dos Direitos Humanos. Ademais, houve o processo de constitucionalização desses direitos, também se encontrando dentro do marco do juspositivismo. Portanto, os Direitos Humanos, apesar de nascerem como direitos naturais, são expressões juspositivistas.

Os resultados obtidos dessa primeira etapa de pesquisa, sobre o surgimento e a consolidação dos Direitos Humanos mostra-se importante para compreender a origem desses direitos. Isso porque, só entendendo os seus processos históricos e as escolas do direito que lhe deram escopo, é possível compreender o caráter hegemônico e excludente dessa concepção de direito humano.

### **3.2 A concepção hegemônica dos direitos humanos clássicos**

Um dos principais resultados encontrados sobre a origem dos Direitos Humanos clássicos demonstram o seu caráter juspositivista. Diante disso, faz-se necessário realizar a crítica dessa concepção de Direitos Humanos, partindo desse primeiro pressuposto teórico, isto é, analisando os aspectos críticos sobre o positivismo.

Um dos principais problemas encontrados no positivismo encontra-se em colocar a norma como automaticamente efetivada, pois essa seria uma maneira de reafirmar os valores da sociedade vigente. Assim, quando os Direitos Humanos se encontram nessa

perspectiva teórica, traz uma falsa ideia de que só porque há um Direito Humano sobre igualdade, liberdade e etc. que esse direito estará automaticamente efetivado, consolidado.

No entanto, essa perspectiva positivista permite que haja diversas exclusões, haja vista que o positivismo não é simplesmente uma teoria ou uma epistemologia, mas um ideário, uma ideologia, um projeto de sociedade. Machado (2011) aponta que o positivismo está contido num quadrado paradigmático, o qual consiste em:

[...] o direito como pura LEI ou NORMA; elege o método de natureza LÓGICO-FORMAL; assume a exclusividade da ideologia política do LIBERALISMO; e tem no RACIONALISMO ANALÍTICO a única matriz do conhecimento jurídico-filosófico. Esses quatro elementos que formam o paradigma tradicional – (1) NORMA, (2) método LÓGICO-FORMAL, (3) ideologia política LIBERAL e (4) filosofia RACIONAL-ANALÍTICA -, compõem o que chamarei aqui de “quadrado paradigmático”, isto é, um campo teórico que funciona como uma espécie de “cativeiro positivista”, onde “caiu” e permanece “enclausurado” o pensamento jurídico moderno, bem como as teorias contemporâneas que se dizem pós-modernas.

O positivismo, então, não envolve apenas a norma, o método lógico formal, a filosofia racional-analítica, mas também a ideologia liberal. Isto é, o positivismo está ficando nas ordens do capitalismo neoliberal e um meio de sustentáculo desse sistema. Machado (2005) ainda aponta que o tecnicismo do positivismo não admite qualquer espécie de questionamento sobre a sua eficácia, por se encontrar definida no sistema social através da atividade econômica produtiva, de modo que essa racionalidade técnica se legitima em si mesmo porque garante a institucionalização e a permanência dos pressupostos que sustentam os padrões de sociabilidade da civilização capitalista.

A moderna cultura liberal-burguesa e a expansão material do capitalismo produziram uma forma específica de racionalização do mundo. Essa racionalização, enquanto princípio organizativo, define-se como racionalidade instrumental positivista que não liberta, mas reprime, aliena e coisifica o homem. A lógica linear da moderna estrutura do saber jurídico desdobra-se em dois paradigmas hegemônicos: o racionalismo metafísico-natural (o Jusnaturalismo) e o racionalismo lógico-instrumental (o positivismo jurídico) (WOLKMER, 2006, p. 2).

Isto é, o positivismo está estritamente ligado a uma racionalidade de vida e economia, estando intimamente relacionado com os aspectos sócio-econômicos da

sociedade. Portanto, quando os direitos humanos formam-se a partir dessa corrente jurídica do pensamento, também estão fincados a partir dessas premissas.

Ademais, outro elemento do positivismo é o seu caráter estritamente estatal. Como visto, os direitos humanos como expressões juspositivistas nasceram no período de codificação de Napoleão Bonaparte, tomaram maior escopo no século passado, com a internacionalização dos Direitos Humanos em Tratados e através da constitucionalização desses Direitos. Vê-se, portanto, um caráter estatal dos Direitos Humanos. Nessa perspectiva, então, aquilo que não se encontra no âmbito estatal, não se pode ser considerado como Direito Humano. Sendo esse, portanto, mais um elemento que consolida essa concepção dos direitos humanos.

Completa Flores (2009) que o termo direitos humanos fazem parte do discurso ideológico hegemônico do novo processo de acumulação dos capitais simbólicos, social e culturais da fase keynesiana, já que esses direitos possuem componentes individualistas, abstratos e formalistas, convergindo com os matizes universalistas das normas e textos que vão surgindo da ordem institucional global das Nações Unidas.

Nesse íterim, destaca-se os matizes universalistas como componentes dessa concepção dos Direitos Humanos. O universalismo aponta o direito como se fosse para todos de forma igualitária. Pauta-se em uma ideia colonizadora e dominadora, pois a partir de uma falsa premissa de igualdade e efetivação de direitos, busca-se legitimar discursos excludentes.

*[...] Es decir, la universalidad de los derechos humanos se construye sobre discursos que defienden inclusiones en abstracto de todas las personas, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones concretas, individuales y colectivas, marcadas por la nacionalidad, el racismo, el androcentrismo, el clasismo, la riqueza suntuaria como fin en sí mismo o el concepto de ciudadanía que se multiplican y acentúan contra quienes no poseen una nacionalidad de un estado considerado constitucional y de derecho (RUBIO, 2015, p. 184).*

Nesse sentido, o discurso universal expressa um caráter não humano, formando-se como privilégio de poucos e legitimando as diversas exclusões de grupos com modos de vida e racionalidades diferentes, como os camponeses, as mulheres, os negros, os indígenas, os quais acabam marginalizados pelas teorias hegemônicas.

Ademais, Rubio (2017) aponta que esse universalismo é composto por uma ideia dualista, como por exemplo de bem e mal, homem e mulher, e etc., no entanto, esse

dualismo demonstra, novamente, um discurso reafirmador das relações de poder, ao colocar uma das partes em condição de superioridade em relação a outra. Esse pensamento dualista, portanto, está associado ao um outro elemento dos direitos humanos burgueses, que é o pensamento simplificador, que reduz a complexidade das relações, isto é, busca confundir a parte em relação ao todo, como aponta novamente Rubio (2017).

Os principais resultados apontados sobre os elementos que compõe a concepção clássica dos Direitos Humanos demonstram que estão no viés do positivismo, e que por isso são estatais e universais. Ademais, possuem um caráter dualista e do pensamento simplificador. Todos esses elementos fazem parte de uma hegemonia, aliada aos interesses dos grandes detentores de poder econômico. Isto é, os Direitos Humanos não foram pensados para as mulheres, os negros, os grupos LGBT, os indígenas, e sim formulados por burgueses e juristas, que são homens, brancos, héteros, de classe econômica elevada. Portanto, os Direitos Humanos nessa concepção não possuem um viés libertador, emancipador, agregador, e sim um aspecto excludente, desigual, miserável.

### **3.3 Os elementos da teoria crítica dos direitos humanos**

Anteriormente, foi possível perceber que os Direitos Humanos Burgueses/Clássicos se encontram sobre alguns prismas, como: a) estatização; b) universalidade; c) dualidade; d) pensamento simplificador. A partir, então, dessas bases teóricas, a concepção clássica dos Direitos Humanos se constituiu de modo dominador e colonizador, pautando-se na neutralidade e na igualdade formal, como demonstra a teoria da colonialidade do poder.

Assim, os diversos teóricos da teoria crítica dos Direitos Humanos – destacando-se entre eles David Sánchez Rubio, o qual influenciou os aspectos que serão trabalhados a seguir como singularidade plural, pluralidade, pensamento complexo e extra-estatização - questionam e denunciam um discurso universal, supostamente neutro, marcado por exclusões oriundas da concepção hegemônica dos Direitos Humanos.

Diante disso, faz-se necessário a construção de uma teoria que respeite a singularidade de diversos povos excluídos. Isto é, a construção de uma teoria que não

seja pautada na perspectiva dos detentores de poder, e sim da grande maioria marginalizada. Portanto, faz-se necessário negar o universalismo, e conceber a existência de outros povos, de outras singularidades de modo plural.

Para isso, Rubio (2017) aponta o pensamento complexo como importante elemento na construção de uma teoria não universal. Isso porque, esse pensamento não se pauta na dualidade de espaço privado e público, por exemplo, e sim busca encontrar e construir um espaço que seja comum. Isto é, o pensamento complexo não se pauta na dualidade como o pensamento simplificador, e sim na pluralidade, por isso é um traço bastante fundamental para a teoria crítica, pois ele não reduziria as diversas contradições existentes na sociedade e nem as diversas formas de viver e existir.

Ademais, a teoria crítica dos Direitos Humanos substituiu a concepção do Direito estatal, burocratizador, para um conceito que seja extra-estatal, pautado no Pluralismo Jurídico. Isto é, não se pode considerar que o Direito é apenas aquilo que está pautado em uma norma jurídica oriunda por parlamentares, representando um Estado burguês.

A construção dos Direitos Humanos deve-se pautar, então, em uma perspectiva que seja do pluralismo jurídico, entendendo que o Direito se constrói a partir da atuação de movimentos sociais, os quais representam os diversos grupos marginalizados. Ademais, o direito extra-estatal pode ser entendido também como o direito desenvolvido pelos diversos grupos indígenas na América Latina, os quais não se utilizam dos mecanismos oficiais de direito para a resolução de conflitos dentro da comunidade.

Na compreensão de Wolkmer (2001), o pluralismo jurídico se configuraria através de um espaço público aberto e compartilhado democraticamente, privilegiando a participação direta de agentes sociais na regulação das principais instituições da sociedade, possibilitando que o processo histórico se encaminhe por vontade e sob controle das bases comunitárias. Isto é, o Pluralismo Jurídico configura-se como um direito extra-estatal, no qual o monopólio de produção jurídica não seria do Estado.

Trata-se de extrair a constituição da normatividade não mais e apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a forma do fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores coletivos, contextualizados pela identidade e autonomia de interesse do todo comunitário, num *lócus* político, independentemente dos rituais formais de institucionalização. Quer-se com isso evidenciar

que, num espaço público descentralizado, marcado pela pluralidade de interesses e pela efetivação real das necessidades humanas, a juridicidade emerge das diversas formas do agir comunitário, mediante processos sociais auto-reguláveis advindos de grupos voluntários, comunidades locais, associações profissionais, corpos intermediários, organizações sociais e etc [...] (WOLKMER, 2001, p. 119).

Além desses quatro elementos teóricos trabalhados por uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos tendo como influência a construção da concepção crítica de David Sánchez Rubio, insta ressaltar que a corrente crítica dos Direitos Humanos e latino-americana se associa diretamente com uma perspectiva da Teoria da Libertação.

A Teoria da Libertação trabalhada é a formulada pelo autor argentino Enrique Dussel. Tal formulação teórica é uma proposta de libertação e emancipação, seja diante do quadro de exclusão e marginalização de grupos de indivíduos perante a sociedade em que vivem; seja diante da exclusão, subjugamento e exploração que os países periféricos vivem em relação aos países centrais. Tal teoria, portanto, busca uma ética alternativa em relação ao eurocentrismo. Assim, a libertação ética, é uma ética da união entre os povos latino-americanos, em uma perspectiva de aceitar o plural, o outro, mas sem perder de vista as particularidades de cada um.

Silva Filho (1999, p. 13) afirma que a Filosofia da Libertação de Enrique Dussel possui categorias que denotam um grande poder explicativo em relação ao fenômeno pluralista no direito, como exterioridade, povo e alteridade. O referido autor completa que alteridade significa perceber o Outro a partir de sua peculiaridade intrínseca, de não transformá-lo em uma extensão ou reflexo de quem observa, aceitando, em todos os níveis, a existência do plural, do diferente, de uma dimensão de Exterioridade. Dussel (2002, p. 17) explana um pouco mais sobre essa nova ética:

Não se deve esquecer que o marco ou contexto último desta Ética é o processo de globalização; infelizmente, porém, e simultaneamente, esse processo é exclusão das grandes maiorias da humanidade: as vítimas do sistema-mundo. Globalização-exclusão quer indicar o duplo movimento no qual se encontra presa a Periferia mundial: por um lado, a pretensa modernização dentro da globalização formal do capital (principalmente em seu nível financeiro – capital fictício, nos diz Marx); mas por outro lado, a exclusão material e o discurso formal crescente das vítimas desse pretenso processo civilizador. Esta Ética deseja explicar essa dialética contraditória, construindo categorias e o discurso crítico que permitam pensar filosoficamente este sistema performático auto-referente que destrói, nega e empobrece a tantos neste final do século XX. A morte das maiorias exige uma ética da vida, e seus

sofrimentos nos levam a pensar e a justificar a sua necessária libertação das cadeias que as prendem.

A ideia de que a Filosofia da Libertação é possível como um paradigma crítico dos Direitos Humanos também é construída por Torre Rangel (2001, p. 99) ao afirmar que essa é uma filosofia da crítica cotidiana que, *“nos permite fundamentar no sólo um análisis crítico de la juridicidade (...), sino también das bases para entender y ejercer una práctica jurídica cotidiana que es factible hacerse y se hace y a favor (...) desde los derechos negados o inefectivos de los oprimidos.”*

Juntamente com a Filosofia da Libertação, as perspectivas críticas entendem a necessidade de uma concepção dos Direitos Humanos que seja pautada no giro descolonial, isto é, denunciando a colonização do fazer, do poder, do ser e do saber que estão presentes na construção clássica dos Direitos Humanos, como aponta Rubio (2015, p. 200):

*A tenor de lo dicho, cuando se habla de la dimensión utópica y de esperanza de los derechos humanos no hay que quedarse en los enfoques que reducen la dimensión incompleta e inacabada de la justicia y de plenitude a un futuro incierto. Ni tampoco a una realidad de libertad o dignidad que se reivindica porque no se tiene, porque se viola o porque se carece de ella. Los derechos humanos son la punta del iceberg de una estructura relacional de vida mucho más compleja que permite o no permite su disfrute, su ejercicio diario. Por esta razón, el componente utópico potencialmente transgresor a favor de una vida digna de ser vivida será mayor entre quienes sufren relaciones de poder discriminadoras y opresoras y se les impide el disfrute existencial que conlleva el poder reaccionar en entornos relacionales desde sus horizontes de sentido étnicos, raciales, etarios, socio-materiales, sexuales y genéricos. En cambio, la dimensión utópica será menor o más placentera y acomodaticia, incluso hasta puede ser despreciada, entre quienes pueden disfrutar de sus derechos a partir de la división social del ser, del saber, del poder y del hacer humanos que les posiciona en una situación de privilegio. En los oprimidos y excluidos el momento negativo de explotación y dominación será la fuente de su lucha por los derechos. Sus utopías son necesarias, transformadoras y transgresoras.*

Essas concepções teóricas críticas dos Direitos Humanos compreendem, portanto, que eles podem ser instrumentos de emancipação, libertação quando pautados na denúncia do processo de colonização e subjugação dos povos da América Latina, produzindo consequências transformadoras da divisão violenta e desigual do

ser, do saber, do fazer humano, de forma étnica, racial, etária, sexual e relativo à classe social, globalmente predominante.

No entanto, um dos grandes desafios dessa teoria é conseguir superar efetivamente a concepção clássica na prática, conseguindo trazer transformações sociais apesar de toda uma estrutura calcada em uma concepção hegemônica dos Direitos Humanos. Isto é, embora a teoria crítica dos Direitos Humanos seja um instrumento teórico de emancipação, em termos práticos ela ainda possui muitos desafios, haja vista que as grandes estruturas de poder dificultam o uso emancipador dos Direitos Humanos.

Isto é, a própria concepção hegemônica de Direitos Humanos fincada na racionalidade moderna e na sociedade capitalista, demarcou processos de exclusão e desigualdades sociais, tomando proporções estruturais e intrínsecas a esse tipo de sociedade moderna. Portanto, a práxis transformadora em uma perspectiva crítica dos Direitos Humanos, em um mundo fundamentado na marginalização é um dos grandes desafios dessa teoria. No entanto, é só através dessa perspectiva teórica de Direitos Humanos, que ele pode ser, de fato, instrumento de emancipação e libertação.

#### **4 CONCLUSÃO**

Através do presente trabalho foi possível notar a existência das diferentes concepções teóricas sobre os Direitos Humanos. Os resultados obtidos demonstram que a concepção clássica se consolidou através do juspositivismo, e até por conta disso, possui um caráter estatal e universalista, além de dualista e pautado no pensamento simplificador.

Já a concepção crítica dos direitos humanos, por sua vez, contrapõe os elementos da concepção clássica, tendo algumas premissas como a extra-estatização pautada em uma perspectiva do Pluralismo Jurídico, além da ideia da singularidade plural, pluralidade e pensamento complexo. Ademais, a Teoria da Libertação é um importante elemento presente na formação dessa perspectiva crítica.

Diante disso, a pesquisa conclui que a concepção clássica dos Direitos Humanos não possui um caráter emancipador, e sim excludente. A teoria crítica dos Direitos Humanos possui um viés libertador, embora tenha dificuldades de se conseguir concretizar as suas premissas teóricas diante das estruturas arraigadas do capitalismo.

No entanto, diante da conjuntura atual, é somente através desse viés que os Direitos Humanos conseguirão, de fato, alcançar transformações sociais efetivas na sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 maio 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação na idade da globalização e da exclusão**. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes. 2002.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. Franca: Editora UNESP. 2005.

\_\_\_\_\_. O Direito e suas teorias. **Blog Aveso e Direito**. 23 fev. 2011. Disponível em: <<https://avessoedireito.wordpress.com/2011/02/23/o-direito-e-suas-teorias/>>. Acesso em: 16 out. 2016.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução de Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do Direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

RUBIO, David Sánchez. Notas de aula da disciplina Teoria Crítica dos Direitos Humanos e América Latina. Franca: Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista. Jun/2017.

\_\_\_\_\_. Derechos humanos, no colonialid y otras luchas por la dignidad: uma mirada parcial y situada. **Campo Jurídico: Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito**, v. 3, n. 1, p. 181-213, maio 2015.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia Jurídica da alteridade**: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação Latino-Americana. Curitiba: Juruá Editora. 1999.

TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la. **Derechos Humanos desde el iusnaturalismo histórico analógico**. México: Editorial Porrúa. 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega. 2001.