ANO XIII
VOLUME XXII
SEMESTRE 2-2020
ISSN:2178-3519

DIKÉ

Revista Eletrônica de Direito,
Filosofia e Política
do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da UNIPAC Itabirito

Editoração: Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito
Ano 13, nº XXII, 2º semestre de 2020
ISSN:2178-3519

Conselho Editorial:

Prof. Doutor José Carlos Henriques (UNIPAC) Prof. Doutor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Milton Campos), Prof. Doutor Bruno Camiloto Arantes (UFOP), Prof. Doutor José Luiz Furtado (IFAC/UFOP), Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP), Prof. Doutor Sebastião Trogo (UFMG), Prof. Doutor Ramon Mapa da Silva (UNIPAC Itabirito), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (UNIPAC - Newton Paiva); Prof. Doutor Antônio Sá da Silva (UFBA)

Editores Responsáveis:

Dr. José Carlos Henriques, Dr. Ramon Mapa da Silva, Dr. Bernardo Gomes Barbosa Nogueira, Ms. Guilherme Henrique Lage Faria, Ms. Luiz Carlos Garcia e Dr. Raphael Furtado Caminate

Corpo de Pareceristas:

Prof. Doutor Nuno Manoel Morgadinho dos Santos Coelho (USP); Prof. Doutor José Carlos Henriques (Unipac Itabirito), Prof. Doutor Bernardo Gomes Barbosa Nogueira (UNIPAC-Milton Campos); Prof. Doutor Ramon Mapa da Silva (UNIPAC), Prof. Doutor Bruno Camilloto Arantes (UFOP), Prof. Rodrigo Ferreira (UNIPAC), Prof. Mestre Guilherme Henrique Lage Faria (UNIPA - Newton Paiva).

Linha Editorial

Direito, Filosofia e Política.

Diké: Revista Eletrônica de Direito, Filosofia e Política do Curso de Direito da Fundação Presidente Antônio Carlos – FUPAC – Unidade Itabirito.

Diretor Geral: Luciano Barbosa

UNIPAC-ITABIRITO

Rua Cecília de Almeida Rocha, nº 291 - Novo Itabirito, Itabirito - MG, 35450-000

E-mails: josehenriques@unipac.br; ramonmapa@unipac.br; bernardonogueira@unipac.br; luizgarcia@unipac.br

REVISTA DIKÉ
VOLUME XXII

SUMÁRIO

O Direito e a Historicidade do mundo da vida .....
José Carlos Henriques 4

O plano de parto como construção dialógica entre a gestante e a equipe obstétrica .....
Kelly Christine Oliveira Mota de Andrade 14

Ode da hospitalidade: origem e morada no "eu" do outro .....
Aline Vennuto 31

A violência obstétrica e sua convalidação por meio do parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução 2232/19 do Conselho Federal de Medicina .....
Raphael Furtado Carminate; Jaqueline Souza Gomes de Oliveira 44

O Zelote e sua sombra: notas sobre teologia política .....
Ramon Mapa da Silva 92

O controle concentrado de constitucionalidade à luz do processo constitucionalizado no Estado Democrático de Direito: análise da ADI 3510 .....
Ana Carolina Fernandes Pereira Ferreira Bernardes; Mariana Karla de Faria 104

A extensão universitária como ferramenta de promoção da Diversidade - experiência do projeto Diversidade Gerais - Efetividade e Cidadania .....
Luiz Carlos Garcia; Nayara Maria de Lima; Fábio Augusto Pereira dos Santos 123

O DIREITO E A HISTORICIDADE DO MUNDO DA VIDA

José Carlos Henriques[1]

Resumo

Este trabalho retoma temas que já compareceram em reflexões anteriores, cuja publicação, em anuário colombiano, restou pouco acessível, motivo pelo qual ora é novamente republicado. A experiência humana comporta modos de ser que sempre a situa no tempo. O tempo é marca radical do humano, que o humaniza e torna seu, conferindo-lhe sentidos. O direito, enquanto experiência humana é, também ele, temporalizado. Uma adequada compreensão do direito, de um ponto de vista fenomenológico, não se dá a não ser que o fenômeno jurídico seja contemplado em um horizonte maior: o problema da historicidade, a questão do tempo e de suas manifestações no direito. Todo sistema jurídico encarta-se no tempo e, por isto, representa uma fase determinada da história, sendo e tendo uma história. A norma jurídica radica-se em uma determinada situação histórico-existencial, o que marca irremediavelmente o momento de seu nascimento e sua vida circunstanciada: o agir do legislador é historicamente guiado, muito embora voltado para o futuro, muito embora a norma criada não deverá ter vigor para sempre. Eis porque não há um ordenamento jurídico que valha desde sempre e para sempre. Uma marca radical do direito é, portanto, o fato de ser limitado no tempo, de ter um começo e um fim. A existência de uma norma, enquanto expressão do direito, está determinada por um antes e um depois. Por tudo, firme-se, o direito finca raízes na historicidade do mundo da vida. Objetiva-se compreender o direito enquanto fenômeno humano historicizado, não exatamente enquanto momentos de sucessão temporalizada de fatos e interpretações, mas enquanto o direito é, ele próprio, modo de ser, um *historicum*, em raiz.

Palavras-chave: Temporalidade. História. Direito. Fenomenologia.

Resumen

[1] Doutor em Direito pela UFMG, Mestre em Filosofia e em Direito. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Professor e Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito. Professor e coordenador do Curso de Pós-graduação em Direito Público a Faculdade Presidente Antônio Carlos de Itabirito.

Este trabajo retoma temas que ya han aparecido en reflexiones anteriores, cuya publicación, en un anuario colombiano, quedó poco accesible, por lo que ahora se vuelve a publicar. La experiencia humana implica formas de ser que siempre se encuentran en el tiempo. El tiempo es de la marca radical de la condición humana. El derecho, como la experiencia humana, es también temporalizado. Una comprensión adecuada del derecho, desde un punto de vista fenomenológico, no ocurre a menos que el fenómeno jurídico se revele en un horizonte más largo de comprensión del tiempo: el problema de la historicidad, la cuestión del tiempo y sus manifestaciones en el derecho. Todo sistema jurídico se encuentra en el tiempo y, por lo tanto, representa una etapa determinada de la historia, es una historia. La norma, en el derecho, tiene sus raíces en una situación histórica particular y existencial, lo que inevitablemente marca el momento de su nacimiento y las circunstancias de su vida: el acto de la legislatura es, históricamente, impulsado hacia el futuro, aunque la norma no debe tener fuerza para siempre. Por esta razón no hay un valor legal desde siempre y para siempre. Una característica esencial del derecho es por lo tanto, el hecho de ser limitado en el tiempo, tiene un principio y un final. La existencia de una norma, mientras que la expresión del derecho, está determinada por un antes y un después. El derecho radica en la historicidad del mundo de la vida. El objetivo es entender el derecho como un fenómeno humano e, como tal, no sólo como momentos de la sucesión de hechos y interpretaciones, pero mientras el derecho es un *historicum*, en la raíz.

Palabras clave: Temporalidad. Historia. Derecho. La fenomenología.

1. Normatividade, ordenamento jurídico e Tempo.

Uma vez mais, nosso ponto de partida, a partir do qual tentamos compreender o fenômeno do direito, é o horizonte traçado pelo movimento fenomenológico. É assim que tentaremos compreender, ainda que de forma limitada, as relações que se travam entre direito e tempo. Nossa principal referência, no desempenho desta tarefa, segue sendo Gerhart Husserl.

Todo sistema jurídico encarta-se no tempo e, por isto mesmo, representa uma fase determinada da história da humanidade que o engendra, sendo história e tendo uma história. A norma jurídica radica-se em uma determinada situação histórico-existencial, o que marca irremediavelmente o momento de seu nascimento: o agir do legislador é historicamente

guiado, muito embora voltado para o futuro. Mas a norma criada não terá vigor para sempre. Enfim, tempo e direito se entrelaçam irremediavelmente.

Por isto, não há um ordenamento jurídico que valha desde sempre e para sempre.[2] Uma marca essencial, radical, do direito é, portanto, o fato de ser limitado no tempo, de ter um começo e um fim. A existência de uma norma, enquanto expressão do direito, está determinada por um antes e um depois. Por tudo, firme-se, o direito finca raízes na historicidade do mundo da vida.[3]

Cada ordenamento jurídico, aplicando-se-lhe o passo metódico da redução, permite que seja atingido um *núcleo de sentido* que lhe é próprio. Isto é, com a redução, alcançamos um núcleo de conteúdos ideais pertencente a cada ordenamento jurídico, permitindo ainda que a perpetuação de muitos destes conteúdos, por força da possibilidade de transposição destes de um horizonte histórico a outro, promova a constituição de um sistema geral de núcleos de sentido. Aqui, os resultados alcançados, pela constituição deste sistema, firma-se como *verdade jurídica*, que não possui força normativa. Este sistema, resultado direto do processo de redução, "revela as estruturas fundamentais de todo direito possível, que possuem a natureza de um *a priori* jurídico".[4] É a redução que fixa o que na coisa é essencial e que, portanto, pode resistir ao fluxo do tempo sendo, contudo, de novo tempo, sempre que se manifestar.

Assim, há um fundamento *a priori* do direito que se radica num sistema lógico de núcleos ideais de sentido, formado a partir da aplicação da redução aos ordenamentos jurídicos históricos e que, por atingir o núcleo essencial de sentido que estes possuem, é suficiente para fundar outros tantos possíveis ordenamentos jurídicos, apresentando-se como um *a priori* do fenômeno do direito.

2. Destemporalização, verdade e sentido do direito.

[2] Estas teses fundantes podem ser encontradas em: HUSSERL, Gerhart. *Recht und Zeit: fünf rechtsphilosophische Essays.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955. pp. 10 e segs.

[3] Trata-se do solo circunstante a toda forma de compreensão, figurando como modo de estruturação de toda percepção. No dizer de Natalie Depraz, é "índice único e solo de nossa inscrição prática, sensível e comunitária enquanto sujeitos encarnados". A respeito, conferir DEPRAZ, Natalie. *Compreender Husserl*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 119 e, preferencialmente, pp. 15 a 29.

[4] HUSSERL, Gerhart. *Recht und Zeit: fünf rechtsphilosophische Essays.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955. p. 16.

Seguindo os passos de Gerhart Husserl, é possível afirmar que todo ordenamento jurídico parte de um *a priori* como seu fundamento, sabendo-se que este *a priori* não possui força normativa, mas é uma direção ideal que norteia os possíveis ordenamentos, historicamente configurados. O a priori do direito não é algo para além da história é, ele mesmo, resultante de um processo histórico de destemporalização, isto é, de reenvio de certos núcleos essenciais do direito a outros horizontes históricos, diversos de sua real produção originária.

Por isto, torna-se fundamental a percepção da norma como necessariamente incompleta, sendo seu sentido dependente de sua inserção, pela aplicação, na realidade social, passando a reger assim, concretamente, o encontro entre subjetividades.

A verdade jurídica, talvez melhor dizer sistema de verdades jurídicas, é pensada a partir dos núcleos de sentido do direito, tendo a natureza de um *a priori* jurídico. Diz Gerhart Husserl em *Recht und Zeit*:

> nem tudo que possui validade apresenta também a força vinculante de uma norma do dever ser. Um juízo é válido quando é verdadeiro. A verdade de um enunciado não é, porém, critério para decidir se nele está ínsita a forma normativa de um dever. O juízo 'a + b = b + a' é um juízo verdadeiro. Quem não contesta a validade, não viola nenhuma norma de comportamento. As assim chamadas leis do pensamento não são máximas de ação; elas definem os pressupostos lógicos aos quais um juízo deve satisfazer para ser verdadeiro. A proposição: 'não se deve testemunhar falsamente', é uma proposição verdadeira. Quem age contradizendo-a, sem dúvida, viola a norma de comportamento que nela está contida. Mas isto não significa tomar partido sobre a veracidade da frase. O regresso conceitual ao 'núcleo de sentido' das circunstâncias jurídicas que encontramos na realidade jurídica nos desvela (se concluímos sem erro) a perspectiva de um sistema *não* de normas comportamentais 'de nível superior', mas de *verdade* jurídica que, como tal, não possui *alguma* força normativa. Uma redução que produza isto, desvela-nos as estruturas fundamentais de todo direito possível, que tem a natureza de um *a priori* jurídico. [5]

Passagem de relevo que aponta para o sentido do direito, isto é, para uma verdade que deve estar contida em um certo ordenamento, para que este possa ser dito ordenamento jurídico. A validade do direito não se resolve pela aplicação de leis lógico-formais, mas sim no encontro da realidade histórica concreta das idéias jurídicas, núcleos de sentido plasmadores da verdade jurídica. A via para se alcançarem tais núcleos de sentido, como já se

[5] HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. p. 7. Os grifos constam do original e são conservados na tradução que mencionamos e da qual nos servimos.

disse, é a redução. Por meio deste procedimento redutivo (que é um procedimento de abstração) nos apoderamos dos pressupostos lógicos – mas não meramente lógico-formais – que devem ser satisfeitos, se um ordenamento social queira se apresentar com o sentido de um ordenamento jurídico. [6]

É preciso insistir na afirmação de que o sistema de núcleos de sentido ou o composto de idéias jurídicas em sistêmica relação, não possui força normativa em si e por si. Insistimos porque, segundo nos parece, aqui se encontra um ponto de distanciamento da jusfenomenologia gerhartiana em relação a algumas vertentes do jusnaturalismo.[7]

O núcleo essencial de um determinado ordenamento jurídico não deve ser entendido como se se tratasse de um 'direito de ordem superior', cujos conteúdos possuiriam força normativa, desligados dos homens que estão reciprocamente inseridos em uma certa comunidade jurídica, sua fonte. A força normativa do direito, ausente nos núcleos de sentido por si, forja-se em meio à constituição e manutenção do empenho dos indivíduos – melhor dizer pessoas – pelo direito, na e pela comunidade jurídica.

Pode-se falar, então, de um direito vivo toda vez que os núcleos de sentido, deixando a abstração, historicamente se enraízam, mesmo que em ambientes vitais diversos daqueles em que se gestaram, claro com modificações interativas com estes novos ambientes, interações que, na verdade, condicionam a própria possibilidade de realização histórica de um certo núcleo de sentido já identificado. [8]

O que ocorre com o direito é um fenômeno histórico que encontramos em quase todos os ambientes da produção humana: as idéias, as valorações, os modos de pensar pré-formados em uma determinada esfera cultural vêm assumidos, em forma mais ou menos estável, em

---

[6] HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. p. 7. Conservaram-se as expressões grifadas pelo autor.

[7] Não prosseguiremos sobre o movimento jusnaturalista que encontrou variações desde a Antiguidade até a Modernidade. Importa apenas salientar que Gerhart Husserl não confere à verdade jurídica um estatuto metafísico, essencialístico. Isto é, não há uma verdade jurídica encontrável fora do processo redutivo, da destemporalização, que parte da concreção histórica de ordenamentos jurídicos dados. Ou mais: a verdade do direito se gesta na história, não é disposta ou dada antecipadamente, em ambiente que poderia ser dito pré-humano. Não se trata de alcançá-la pelo conhecimento de regras próprias para se apoderar do objeto, coisas do direito. A compreensão do direito se resolve, como de resto, a compreensão do humano na imanência histórica de sua produção.

[8] A respeito, conferir HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. pp. 5 e seguintes.

outras esferas culturais e ali desenvolvem uma força realizadora. Na vida do indivíduo as coisas não são diversas.

A este respeito, é significativa uma passagem de importante ensaio de Gehart Husserl:

> ...cada homem tem *sua* vida. A vida de cada um de nós possui uma ordem interior, se desenvolve segundo um plano de vida que é próprio de cada um de nós e somente de um certo alguém. Mas se se trata de projetar o meu plano de vida e de determinar seus conteúdos, me lançarei, frequentemente, em direção a experiências e às idéias de outros. Faço assim um *empréstimo* frente a outros. Tal assunção de coisas do fundo de um saber que me foi transmitido pelos homens do meu mundo circunstante, não realiza de nenhum modo sem que eu me abstenha de conduzir a *minha* vida sob a minha própria responsabilidade. As idéias, as máximas de ação etc. que são assumidas, têm validade para mim quando me reconheço nestas, quando delas faço uso e as revivo ativamente.[9]

Vê-se que há sempre uma forma histórica de manifestação das idéias do direito. Seja porque a redução que as alcança parte de experiências jurídicas concretizadas, seja porque a temporalização, de novo, as lança na história. Importando notar que, pela destemporalização, tais idéias se despem das formas originárias de manifestação, podendo então dar-se uma transposição destas a outros ambientes diversos daqueles em que foram gestadas. Mas sempre como construção humana, não como algo dado, independentemente da ação constituinte do ser-homem situado no tempo. Quando se trata de uma transposição de questões do direito, a 'destemporalização' encontra a sua expressão característica no fato de que as idéias jurídicas (de cuja assunção se trata) venham espoliadas das formas transmitidas nas origens. No mundo do direito a *forma* é sempre mais que simples fenômeno exterior. É *nesta* forma que *este* estado de coisas vem experimentado vez por outra como parte da totalidade de um direito vivente.[10]

Mesmo admitindo que são possíveis idéias jurídicas, que tendem a subsistir para além de suas concretas formas de manifestação no seio da cultura, nem por isto se deixa de firmar que o direito seja radicalmente histórico. Isto é, a temporalidade é marca do direito mesmo quando este transcende o tempo histórico dos ordenamentos concretos deixando ver, desvelando seu sentido, sua idéia, ou núcleos de sentido, sua verdade.

---

[9] HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. p. 5. Os grifos constam do original.

[10] Conferir em HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. p. 5. Grifos do original.

Por isto, o direito, assim compreendido, como sistema de núcleos de sentido, não se confunde com os ordenamentos jurídicos históricos, quaisquer que sejam. Aquele está para estes como idéia, como verdade. A idéia de direito, assim compreendida, permanece como um *a priori*, medida de toda juridicidade historicamente possível. É potência que, como tal, ao atualizar-se, assumindo uma certa forma de concretização, torna-se ato, criado, não já dado. A antecipação possível, contida na idéia, na possibilidade, não dita o que o ato é, e sempre será, responsabilidade humana criadora, na e pela comunidade jurídica.

Ainda aqui, neste passo, tão decisivo, ou seja, quanto à transposição da idéia de direito de um horizonte cultural a outro, historicizando-se, obtendo só com isto força normativa, Gerhart Husserl permanece fiel a sua compreensão do direito como radicalmente imerso no tempo. De fato, somente podem ser transpostas idéias nucleares que sejam também possíveis, de alguma maneira, no novo horizonte cultural de destino: nada no direito faz-se sem imersão no tempo, condição humana intransponível. Direito é tempo.

Neste contexto, devem ser compreendidas as teses gerhartianas acerca da interpretação das normas, enquanto realização do direito. Vejamo-las, sucintamente, mais de perto.

É preciso firmar que a toda norma jurídica é inerente um elemento de "incompletude", na medida em que para toda norma, enquanto elemento constitutivo parcial de um direito vivente, não pode ser indiferente se e como esta é aplicada, a cada vez.

Daí que normatividade e temporalidade se entrelacem irremediavelmente, isto é, a norma jurídica não é, de algum modo, independente do comportamento dos homens a que se refere. Ela não vem colocada no fluxo da história como "produto finito" do espírito humano, que permanece de uma vez por todas produzido segundo sua idéia. A norma entra no tempo histórico. O tempo não está fechado e a norma, por assim dizer, caminha com ele. [11] Deste modo, como o nascimento de um homem não fixa a sua vida (entendida como aquilo que esta é, segundo sua idéia) sob determinado ponto no tempo histórico, assim a norma do direito não possui um lugar na história fixado de uma vez para por todas mediante o processo de sua elaboração. A questão do sentido de uma norma jurídica pode ser formulada sempre e

[11] Conferir em HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. pp. 16 e seguintes. As expressões grifadas são usadas pelo próprio Gerhart.

somente do modo seguinte: qual significado esta possui *hoje*, em relação à concreta condição de vida, que dá conta de uma perturbação das normas? [12]

Vê-se que deve ser perquirido o sentido atual das normas. Isto porque o legislador, quando estabelece determinadas normas de comportamento, toma providência antecipada a respeito do futuro dos homens, que sempre são interessados naquelas normas. Ele *antecipa* um vestígio do futuro.[13]

Então a jurisprudência exerce papel fundamental, pois deve ser uma espécie de prolongamento ideal do ato legislativo de criação das normas, atualizando, tornando ato, desvelando o sentido vital das normas. Daí ter afirmado Gerhart Husserl que "é característico das normas do direito, que *possam* ser produzidas por atos da jurisprudência." [14]

Ao grifar a expressão "possam", se muito não nos enganamos, Gerhart Husserl quis apontar para o ser mais próprio do sentido de uma norma: abrir-se à construção jurisprudencial atualizadora da já antecipada previsão do futuro, contida no ato de legislar, mas que padece originariamente de uma carência, sendo incompletude. Futuro que, agora, por força da compreensão e fixação do sentido da norma *no tempo hoje*, pode ser dito não mais antecipado, abstratamente previsto, mas real, concretamente engendrado no ambiente vital dos homens comunitariamente empenhados em um certo agora.

A pessoa é o indivíduo comunitariamente empenhado-pelo-direito, constituinte e constituído na e pela comunidade jurídica. É que, dirá Gerhart Husserl no ensaio *Recht und Welt*, a vontade normativa se radica no ser-pessoa dos homens que são juridicamente ligados entre si. Lá mesmo onde exista uma mudança da intenção, é a pessoa mesma que vai mudando, produzindo o seu sentido e, junto, concorre aquele das normas.[15] É decisivo: a pessoa se produz ao dizer o direito. Talvez o jurisprudencialimo, tal como vem hodiernamente

---

[12] HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. pp. 16-17 . Grifo do original.
[13] Conferir HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. p. 17. A expressão destacada é usada por Gerhart.
[14] HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. p. 18. Grifo do original.
[15] Conferir HUSSERL, Gerhart. *Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abbandlungen.* Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1964. p. 80 e passim.

defendido, possa reconhecer aqui uma inspiração a desenvolver. Neste caso, cremos, com proveito inegável.[16]

Ademais, "as normas do direito comportam eficácia conforme seu sentido, quando e na medida em que (...) 'caminham junto com o tempo'". [17]

De resto, "um ordenamento não pode permanecer invariado, se aquilo que vem ordenado se transforma essencialmente".[18] É o reconhecimento da historicidade radical do direito naquilo mesmo que tem de prático, no sentido filosófico do termo, isto é, naquilo que diz respeito às ações humanas que o direito pretende ordenar, a seu modo e, porque não dizê-lo, a seu tempo, posto que direito é tempo.

Após descobrirmos o **direito enquanto sistema de núcleos de sentido das coisas jurídicas**, deveríamos seguir apontando outras vias de compreensão da radical temporalidade do direito, por exemplo, descrevendo a relação com o tempo que mantém o legislador, o juiz e os membros do Executivo, mas isto é tarefa para um outro trabalho.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV. ***Fenomenologia e dire**ito*. Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF, Vol. I, n. 1, vol. I, n. 2 e Vol. II. Publicação EMARF 2008 e 2009.

BRITO, José de Souza e. ***Fenomenologia do direito e teoria egológica***. Lisboa: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1963.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos, e MELLO, Cleyson de Moraes, ***O Fundamento do Direito***. Estudos em homenagem ao Professor Sebastião Trogo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

COTTA, Sergio. ***Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica***. Roma: Giuffré, 1991.

CRISTIN, Renato. Presentatione. In: HUSSERL, Gerhart. ***Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto***. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

[16] Quanto ao Jurisprudencialismo de Coimbra, ver especialmente obras do professor Dr. Antônio Castanheira Neves.
[17] HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. p. 20. O destaque consta do original.
[18] HUSSERL, Gerhart. *Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto*. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998. p. 20.

DEPRAZ, Natalie. ***Compreender Husserl***. Petrópolis: Vozes, 2007,

DUFRENNE, Mikel. ***La notion d' "a priori"*.** Paris: PUF, 1959.

DUFRENNE, Mikel. ***Phénomenologie de l'expérience esthétique***. Vol. I – *L'objet esthétique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1953.

DUFRENNE, Mikel. ***Phenomenologie de l'expérience esthétique***. Vol. II - *La perception esthétique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1953.

GADAMER, Hans G. ***Hermenêutica em perspectiva – Heidegger em retrospectiva***. Vol. I São Paulo: ed. Vozes, 2007.

GRONDIN. Jean. ***Kant et le problème da la philosophie: l' "a priori"***. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1989

HEIDEGGER, Martin. ***Ser e tempo***. Petrópolis: Vozes, 1989.

HUSSERL, Edmund. ***A filosofia como ciência de rigor***. Coimbra: Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina, 1952.

HUSSERL, Gerhart. ***Diritto e tempo: saggi di filosofia del diritto***. A cura di Renato Cristin. Milano: Giuffrè, 1998.

HUSSERL, Gerhart. ***Person, Sache, Verhalten***. Frankfurt: Klostermann, 1969.

HUSSERL, Gerhart. ***Recht und Welt. Rechtsphilosophische Abbandlungen***. Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1964.

HUSSERL, Gerhart. ***Recht und Zeit: fünf rechtsphilosophische Essays***. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1955.

LEVINAS, Emmanuel. ***Descobrindo a existência com Husserl e Heidegger*.** Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

REALE, Miguel. ***Teoria tridimensional do direito*: *estado da questão***. São Paulo: ed. Saraiva, 1995.

STELLA, Giuliana. ***I giuristi di Husserl: interpretazione fenomenologica del diritto***. Milano: Giuffrè Editore, 1990.

O PLANO DE PARTO COMO CONSTRUÇÃO DIALÓGICA ENTRE A GESTANTE E A EQUIPE OBSTÉTRICA

Kelly Christine Oliveira Mota de Andrade[19]

Resumo

A partir do estudo de caso, pretende-se entender como se dá a dinâmica da relação entre a gestante e o médico obstetra que lhe atende durante o pré-natal, como este profissional transmite as informações necessárias para a vivência do parto de maneira autônoma por parte da parturiente, e com base nestas informações, como vive este momento. Objetiva-se investigar se o plano de parto pode ser utilizado como ferramenta análoga ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) por parte da gestante, a ser construído durante o pré-natal juntamente com a equipe obstétrica assistente, para uma vivência pessoal e subjetiva do trabalho de parto e parto, que não necessariamente ocorrerá com esta mesma equipe. Conclui-se que o plano de parto deve ser considerado como um TCLE e, como tal, vincular o atendimento da equipe obstétrica assistente no momento do trabalho de parto e parto.

Palavras-chave: Autonomia. Gestante. Parto. Plano de parto. Pré-natal. Trabalho de parto.

1. Os dois partos de Ana

Aos 29 anos, Ana, nome fictício, engravidou pela primeira vez. Sempre pensou em ter um parto normal, inspirada especialmente por sua mãe, que teve, em três partos normais, quatro filhos: Ana tem um irmão gêmeo. Sua mãe sempre lhe contava como fora fácil o seu parto, como chegara ao hospital já com oito centímetros de dilatação sem sentir nada, e como Ana e seu irmão haviam nascido em um parto normal sem anestesia, quase sem intervenção alguma.

Ana fez todo o pré-natal em uma cidade no interior de Minas Gerais, junto a um médico de sua cidade, e ela sempre deixou claro que queria o parto normal. O médico, por sua vez, lhe passava algumas orientações, mas sem entrar em muitos detalhes, o que a deixava com muitas dúvidas.

[19] Mestranda em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em advocacia criminal pela FUMEC. Especialista em Direito Previdenciário e do Trabalho pela PUC Minas. Bacharel em Direito pela UFOP. Advogada.

Tendo em vista a insegurança que cercou Ana por toda a gestação, e em especial pela falta de informações de qualidade sobre parto e gestação, ela acabou sendo submetida a uma cesariana desnecessária, o que lhe causou um sentimento de frustração e melancolia.

Após um ano da cesariana, Ana e seu marido resolveram engravidar novamente. E dessa vez, ela estava resolvida a ter um parto o mais natural possível. Encontrou uma equipe na cidade de Belo Horizonte e todo mês ia até lá para as consultas de pré-natal. O médico que lhe atendia a muniu de diversas informações baseadas em evidências científicas, indicou livros, filmes e cursos para a preparação para o parto. E durante todo o tempo, incentivou-a a construir um plano de parto, que foi sendo concebido ao longo de toda a gestação.

No dia 26 de fevereiro de 2015, Ana acordou com fortes contrações, à 1 hora da manhã. Uma vez que já havia preparado tudo para a viagem até o hospital e havia quem cuidasse de sua filha em casa, acordou seu marido e entrou no carro, já em trabalho de parto ativo, para ir até Belo Horizonte. Ao chegar à cidade, ligou para o médico que lhe assistiu durante todo o pré-natal, mas ele estava atendendo outra gestante, indicando-lhe que fosse ao hospital onde ela queria ter seu filho, onde se encontrava uma colega que poderia lhe prestar assistência. Ana não conhecia esta médica.

Ao chegar ao hospital, a médica logo lhe perguntou sobre o plano de parto. Nesse momento, Ana já não conseguia mais falar, devido às fortes contrações. Seu marido apresentou o documento, onde constavam informações detalhadas sobre o tipo de parto que Ana pretendia ter.

Ana pariu seu filho às 4 horas e 40 minutos, ou seja, após 3 horas e 40 minutos desde o início do trabalho de parto, e após 40 minutos de sua chegada ao hospital. Sem anestesia, sem ocitocina sintética[20], sem episiotomia[21]. Apenas com a força da natureza que agia sobre seu corpo. De maneira muito próxima ao que planejou em seu plano de parto.

2. A relação médico-gestante e a autonomia da mulher no contexto obstétrico

O profissional de saúde que atendeu Ana durante o seu primeiro pré-natal não foi claro o suficiente para que ela pudesse entender o que ocorre durante o trabalho de parto e o parto, as ocasiões de necessidade de intervenção e de não intervenção e quais seriam elas. Apenas

[20] Hormônio comumente injetado nas parturientes para aumentar o ritmo das contrações e, consequentemente, acelerar o trabalho de parto. (TOKARSKI, 2018)

[21] Corte feito na vagina da parturiente com o intuito de facilitar a passagem do bebê. (TOKARSKI, 2018)

conduziu a relação com o mínimo de informações possíveis, o que culminou em uma cesariana desnecessária e indesejada.

No segundo pré-natal, Ana procurou informações. Antes mesmo de engravidar, já sabia, entre outras coisas, os motivos absolutos e relativos de necessidade de cesariana, as consequências de uma episiotomia e do uso indiscriminado de ocitocina sintética, como identificar um trabalho de parto, como poderia se dar um parto sem intervenções e a que teria direito durante todo esse processo. A internet ocupou um papel importante nesse caminho, já que há diversos instrumentos de informação de qualidade dispersos na rede. Trata-se de coletivos geralmente constituídos por mulheres, que divulgam informações técnico-científicas sobre o ciclo gravídico puerperal, antes conhecidas somente entre os profissionais de saúde. (ANDREZZO, 2016; TOKARSKI, 2018; HUGUES; HEILBORN, 2020)

No entanto, a relação que Ana desenvolveu com o profissional que lhe atendeu durante a espera do seu segundo filho foi fundamental para a busca por mais informações em outros instrumentos, como livros, filmes e cursos. O ápice se deu com o incentivo, pelo médico, na construção do plano de parto. É possível observar, pelo seu relato, que este documento foi fundamental para a vivência de parto que Ana pretendia, uma vez que ela nunca tinha tido contato com a profissional que a atendeu no momento do nascimento.

Não há dúvidas de que relação entre o médico e o paciente sofreu grandes transformações nas últimas décadas, em especial a partir do início do século XX. O avanço das pesquisas na área de biotecnologia, o novo formato na prestação de serviços médicos e a própria velocidade com que as informações são difundidas pela internet contribuem para isso, fazendo com que o paciente tenha acesso a dados que, antes, eram de acesso e compreensão exclusivas da classe médica. (SÁ; NAVES, 2021)

Pode-se dizer que hoje existe uma tendência à horizontalização da relação entre médico e paciente, no sentido de haver maior participação deste na tomada de decisões relativas a um tratamento médico adequado. Nogueira e Silva (2019) demonstram esta tendência, aduzindo que a anterior ideia de uma relação paternalista entre médico e paciente vem perdendo espaço para uma relação que objetiva o consentimento participativo do paciente. Com isso, o dever de prestar informações pelo profissional passa a ser o foco desta relação.

Esta dinâmica vem sendo também observada entre a gestante e a equipe obstétrica assistente. É interessante notar que esta relação é muito específica, visto que existe, necessariamente, um lapso temporal entre a primeira consulta pré-natal e o parto, o que

possibilita o exercício do direito da mulher em obter as informações necessárias para a vivência do nascimento; e a obrigação da equipe obstétrica em prestá-las.

Diante do quadro de desrespeito a que algumas mulheres vêm sendo submetidas no momento de atendimento ao parto (LANSKY *et al*, 2019; TESSER *et* al, 2015; PARTO DO PRINCÍPIO, 2012), algumas mulheres têm demonstrado maior interesse em obter informações sobre todos os processos que ocorrem durante a dinâmica do parto, a fim de escolherem e manifestarem seus direitos e preferências nesse momento.

Tradicionalmente, há dois modelos de assistência obstétrica no Brasil. O primeiro, de adesão majoritária, é o sistema público de assistência obstétrica, feito pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ocasião em que a gestante faz todo o pré-natal por meio de consultas e exames na Unidade Básica de Saúde a que é vinculada (UBS), sendo atendida, no momento do parto, no hospital público mais conveniente a ela. (ANDREZZO, 2016)

O segundo modelo de atendimento obstétrico brasileiro é aquele em que a mulher escolhe um médico obstetra de sua confiança, que é conveniado a seu plano de saúde; ou que atende apenas a consultas particulares. Nestes casos, a mulher faz todas as consultas de pré-natal com este profissional, que também estará presente, juntamente com sua equipe, no momento do nascimento; ou ele garante, por meio de profissionais que trabalham juntamente com ele ou outros que possuem a mesma filosofia de atendimento, a assistência esperada pela gestante.

É fácil concluir, então, que as mulheres que possuem uma capacidade financeira melhor teriam acesso a um atendimento mais personalizado, com o máximo de informações disponíveis. Espera-se que sua autonomia, num primeiro momento, seja mais respeitada, tendo em vista a construção que houve ao longo do tempo de todo o atendimento pré-natal com a equipe escolhida por ela. De outro lado, também não é difícil pensar que as mulheres que não possuem acesso a esse tipo de atendimento, e que dependem do SUS para terem um atendimento de pré-natal, parto e pós-parto considerados como adequados, acabariam por não terem tais informações possíveis, ocasião em que o respeito à sua autonomia é ignorado. (ANDREZZO, 2016)

É importante salientar que, seja no modelo privado, seja no público, é possível encontrar ocasiões concretas de desrespeito à autonomia da gestante. Este foi o caso de Ana em seu primeiro parto, que foi feito por meio do uso de seu plano de saúde com profissional de saúde a ele conveniado. Na ocasião, Ana não teve acesso a informações de qualidade, mesmo estando numa relação de atendimento médico privada. A falta de informações viciou

seu consentimento, pois ela acabou por permitir ser submetida a um procedimento que ela não queria, mas contra o qual não podia opor resistência. Neste caso, pode-se dizer que não houve o exercício de sua autonomia.

Sá e Naves (2021) nos ensinam que a autonomia, como princípio Bioético, consubstancia-se no autogoverno que cada pessoa possui sobre si, tendo como base a capacidade de decisão e ação do ser humano. Daí decorre que o paciente deve participar da tomada de decisões sobre o tratamento a que se submete, com base em informações claras e precisas, a serem fornecidas pelo profissional de saúde assistente.

Como princípio do Biodireito, o princípio da autonomia ganha contornos cogentes, sendo entendido como um princípio que permite o exercício da autonomia privada, ocasião em que são concedidos determinados poderes de agir à pessoa, dentro do que é permitido pelo ordenamento jurídico. Trata-se, portanto, de norma jurídica com força imperativa, que deve ser considerada como norte a ser seguido por outras normas, e como solucionadora do caso concreto, trazendo seu preenchimento. (SÁ; NAVES, 2021)

Em se tratando de autonomia corporal, fala-se em um direito ao próprio corpo, "expressão que procura enfatizar que o corpo deve atender à realização da própria pessoa, e não aos interesses de qualquer entidade abstrata, como a Igreja, a família ou o Estado. (SCHREIBER, 2013, p. 32)

O direito ao próprio corpo está inserido dentro do rol dos direitos de personalidade e encontra previsão nos artigos 13 a 15 do Código Civil. Os direitos de personalidade são conceituados como o conjunto aberto e mutável de atributos essenciais que integram a dignidade humana. Como tais, devem ter proteção tanto nas relações do indivíduo com o Estado, quanto em suas relações privadas. (SCHREIBER, 2013)

Teixeira e Sá (2018), discorrendo acerca da autonomia privada no que tange ao direito ao próprio corpo, ensinam que:

> Desde o advento da Constituição Federal de 1988, que elevou ao *status* máximo no ordenamento pátrio relevantes princípios – tais como dignidade, liberdade, solidariedade e pluralismo – a busca pela realização pessoal, por meio do exercício das liberdades existenciais, passou a ser especialmente importante para o Direito. Em momentos mais sensíveis da vida humana, o agir livre é central para que a pessoa defina os rumos da sua existência de acordo com o seu projeto de vida boa. Tais definições formam um contexto de construção da vida privada, que deve ser respeitado pois cada indivíduo pode perseguir os próprios objetivos e viver conforme o estilo de vida por ele eleito, independentemente de ser ou não o da maioria (TEIXEIRA; SÁ, 2018, p. 243/244)

No âmbito do atendimento médico, a Lei 8.080/90, que regulamenta a organização e o funcionamento dos serviços de saúde no Brasil, garante a autonomia do paciente, no art. 7º, III. O mesmo princípio deverá ainda nortear a atuação médica, conforme preveem os artigos 22, 24 e 31 do Código de Ética Médica.

Existem institutos infraconstitucionais específicos que garantem a autonomia corporal da gestante em nosso ordenamento, entendida como o direito da mulher de decidir sobre todos os processos médicos e terapêuticos que ocorrerão em seu corpo durante todo o atendimento de pré-natal, parto e pós-parto.

Dentre tais normativas, a Portaria GM/MS 11/2015, que prevê a implantação de Centros de Parto Normal no âmbito do SUS, prevê, em seu art. 2º, II, que a atenção humanizada ao parto abarca o respeito ao protagonismo da mulher no momento do parto, o respeito à sua autonomia e que ela deve participar juntamente com a equipe na tomada de decisões dos processos que ocorrerão em seu corpo.

Há também, a Portaria do Ministério da Saúde n. 353 de 2017, que instituiu as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal que prevê, dentre outras medidas

> (...) que a gestante ou parturiente deve ser tratada com respeito, obter informações baseadas em evidências cientificas, além de fazer parte na tomada de decisões. Para que isso ocorra, a mesma deverá ser recebida de maneira respeitosa, sendo que os profissionais de saúde deverão estabelecer com ela uma relação de confiança, perquirindo-a acerca de seus desejos e expectativas. (ANDRADE, CARMINATE, 2020. p. 245-246)

Verifica-se, portanto, que além dos atos normativos legais, há previsão normativa infralegal para que a mulher possa exercer sua autonomia no contexto de seu atendimento obstétrico, devendo lhe ser garantidas informações de qualidade e a possibilidade de fazer parte da construção do atendimento do qual ela pretende desfrutar.

Com base na normativa apresentada, o que se perquire é como esta mulher poderia exercer tal direito?

3. O consentimento livre e esclarecido da gestante

Nas palavras de Sá e Naves, “No campo biológico, o poder de autodeterminação do paciente pode ser sintetizado na expressão ‘consentimento livre e esclarecido’”. (SÁ, NAVES, 2021, P. 65).

O consentimento livre esclarecido pode ser caracterizado como a expressão da autonomia privada da pessoa no contexto de seu atendimento nos diversos sistemas de saúde. Trata-se da manifestação de vontade externada pelo paciente em construção dialógica, junto à equipe médica que o atende, para que se chegue ao melhor tratamento médico a lhe ser dispensado, levando em consideração sua construção própria de vida boa frente a todo o desenvolvimento tecnológico disponível. (SÁ; NAVES, 2021)

Schreiber (2013) relata que a ciência jurídica tem se concentrado, nas últimas décadas, na necessidade de haver o consentimento da pessoa em qualquer tratamento a que ela vá se submeter. Trata-se de uma evolução na relação médico-paciente, antes pautada no paternalismo médico, que hoje vem se afirmando com cada vez mais força na necessidade de participação do paciente nas decisões relativas a seu tratamento. O autor enfatiza ser necessário um consentimento verdadeiramente informado, e não mera "autorização genérica" em cada um dos passos ou etapas da terapia a que o paciente irá se submeter.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) entende que a obtenção do consentimento do paciente é indispensável, "prática médica obrigatória, sob o prisma ético e jurídico, pois receber esclarecimento e informação adequados é direito fundamental do paciente, estabelecido no mesmo patamar hierárquico de liberdade, da igualdade e da dignidade humana". (CFM, 2016)

Para que o consentimento emanado pelo paciente seja válido, isto é, seja realmente livre e esclarecido, é preciso que ele respeite alguns requisitos, para além daqueles previsto no art. 104 do Código Civil: o discernimento; a informação e a ausência de condicionadores externos. (SÁ; NAVES, 2021)

Relativamente ao discernimento, trata-se de saber, no momento da tomada de decisão, se o paciente demonstra entendimento acerca da situação em que se encontra para que possa decidir. Neste momento, o que se avalia é se o paciente compreende as informações fornecidas e consegue avaliar as possibilidades apresentadas (SÁ; MAVES, 2021; CFM, 2016)

Além da presença do discernimento, é necessário que a informação prestada ao paciente seja de qualidade, embasada na melhor ciência disponível e conforme a conduta padrão estabelecida pelas entidades normativas competentes para aquele caso específico. Afinal, é impossível que o paciente tome uma decisão livre e esclarecida sem que a informação que lhe foi fornecida seja confiável, e construída dialogicamente com a equipe

que lhe assiste, ou seja, que a comunicação entre eles seja acessível. (SÁ; NAVES, 2021; CFM, 2016)

Por fim, o requisito da ausência de condicionadores externos. Significa dizer que a vontade do paciente deve ser livre, sem vícios sociais ou do consentimento. O único limite para o consentimento da pessoa deverá ser a sua própria consciência. (SÁ; NAVES, 2021; CFM, 2016)

No contexto da relação entre gestante e equipe obstétrica, existem muitos problemas nesse aspecto. Como exemplo, cita-se a professora médica obstetra Melania Amorim que lista, em sua página pessoal, nada menos que 250 motivos, de que ela tenha tomado conhecimento, que foram alegados para que fosse feita uma cesariana e que, nas suas próprias palavras, "são desculpas referidas pelas gestantes e/ou utilizadas pelos profissionais para indicar uma 'DESNEcesárea'". (AMORIM; DUARTE, 2021, grifos no original)

Verifica-se, pelo número de indicações "falsas" para que a cirurgia seja feita, que as informações levadas às gestantes no momento da tomada de decisão sobre a necessidade da feitura ou não da cesariana encontram-se sem nenhum respaldo científico que seja relatado pela literatura obstétrica. Diante deste cenário, será que a gestante realmente está exercendo sua autonomia de maneira informada? Difícil responder positivamente.

E foi exatamente isso o que aconteceu no caso de Ana em seu primeiro parto. Quando foi examinada pelo médico que lhe atendia, seus exames não apontaram nenhuma indicação de cesariana. No entanto, quando o médico lhe disse que a intervenção seria necessária, ela não soube argumentar contra, visto que não detinha informações suficientes para tal, além de se encontrar em uma situação de vulnerabilidade e medo que a impediu de tentar outra opinião.

Em sua dissertação de mestrado, a médica obstetra Halana Faria de Aguiar Andrezzo (2016) demonstra como é escassa a informação obtida pelas mulheres durante o pré-natal, para que façam escolhas informadas no momento do parto, seja no atendimento público, seja no atendimento suplementar de saúde. Demonstra também que, além da falta de informação, as mulheres sofrem com a qualidade dos dados obtidos, pois, muitas vezes, quando eles são disponibilizados, não se encontram em consonância com as melhores evidências científicas disponíveis.

De outra monta, nota-se que na relação entre a gestante e o médico, especialmente no que toca ao atendimento durante o trabalho de parto e parto, são corriqueiras as situações em que são utilizados métodos de coação, embasados em falsas informações, para que a mulher

seja submetida a tratamentos indesejados. Desse modo, seu consentimento passa a ser viciado, não podendo ser considerado, portanto, livremente manifestado. Exemplo disso são os relatos publicados em dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio, em que constam diversas situações de coação para que a gestante seja submetida a uma cesariana, sem indicações clínicas e com a presença de uma atitude de coação por parte dos profissionais de saúde:

> Meu médico indicou a cesárea porque o cordão estava enrolado no pescoço. Ele pediu para que a cirurgia fosse marcada para a quarta-feira de manhã, pois ele só tinha esse horário disponível e o parto normal poderia matar meu bebê. Eu nunca iria desejar a morte do meu filho. E.S.S. de 30 anos, atendida através de plano de saúde em Vitória-ES. (JPARTO DO PRINCÍPIO, 2012, p. 123)

Deve-se ter em mente que a circular de cordão, cervical ou não, não é indicação real de cesariana, sendo considerado fenômeno normal, dada a vitalidade e movimentação do feto dentro do útero materno. Estima-se que 60% dos fetos desenvolvem uma circular de cordão em algum momento durante a gestação e que desses, de um quarto à metade acabam se resolvendo sozinhas antes do parto. De acordo com estudos, concluiu-se que a "circular cervical não influencia o manejo clínico nem o prognóstico perinatal, e que não é necessário pesquisar circular de cordão pela ultrassonografia no momento da admissão por trabalho de parto". (SOUZA; AMORIM; PORTO, 2010, p. 511)

> O que permeia o imaginário popular, alimentado, infelizmente, pelo terrorismo que alguns obstetras fazem em torno desse achado, é a fantasia de que circulares em torno do pescoço possam levar ao "enforcamento" do bebê, uma entidade nosológica que definitivamente não existe, nunca foi documentada. Bebês nascem "laçados" há milênios. (AMORIM, 2016)

Portanto, entende-se que é de suma importância que os profissionais de saúde obstétricos estejam sempre atualizados e procurem fazer seus atendimentos com o máximo de honestidade possível, a fim de que possam oferecer à mulher as melhores informações técnicas disponíveis sobre o parto. Com base nestas informações, é necessário que tais profissionais ofereçam um tratamento adequado, de forma a respeitar a livre manifestação de vontade da gestante.

Feitas as devidas considerações, e entendendo-se que a gestante, como qualquer outro paciente, tem o direito de manifestar livremente sua autonomia no contexto obstétrico, dentro da construção de sua própria pessoalidade, a pergunta que se faz é: como isso seria possível? Pretende-se responder a esta questão por meio do manejo do plano de parto.

4. O plano de parto como exercício do consentimento livre e esclarecido da gestante

O plano de parto é um documento pouco utilizado no Brasil, tendo sua existência aparentemente ignorada tanto pela população quanto pelos juristas. Entretanto, uma vez que a autonomia da gestante tem ganhado espaço nos debates públicos e nos movimentos sociais, e também devido ao amplo acesso de informações disponibilizadas na internet, esta alternativa tem ganhado maior visibilidade nos últimos anos. (TOKARSKI, 2018)

Mas afinal, o que é plano de parto? No contexto do atendimento obstétrico espanhol, houve a construção no sentido de que:

> Um Plano de Parto e Nascimento é um documento escrito, de caráter legal, em que a mulher grávida, após receber informações sobre a gravidez e o processo de parto, e considerando seus valores e desejos pessoais, além das expectativas criadas sobre seu parto ao longo da gravidez, e atendendo também a suas necessidades particulares, deve combinar com a parteira de Atenção Primária de Saúde e posteriormente com a parteira de Atenção hospitalar, quais alternativas, dentro da boa prática, prefere durante seu parto, sob condições normais. O Plano de Parto e Nascimento é o eixo da relação clínica estabelecida entre a mulher grávida e a parteira, e deve servir para orientar a atenção de saúde prestada ao longo de todo o processo. (SUÁREZ-CORTÉS *et al*, 2015, p. 521)

Verifica-se que o documento, na Espanha, é considerado um documento de caráter legal, ou seja, possui força vinculativa em relação aos assistentes obstétricos no momento de parto. A definição salienta também a importância da obtenção de informações por parte da gestante durante o pré-natal, bem como a necessidade de que sejam respeitadas suas necessidades pessoais durante a vivência o trabalho de parto e parto, dentro das melhores práticas.

Andrezzo (2016) destaca que, no contexto brasileiro, o plano de parto seria um documento elaborado pela mulher, durante o pré-natal, em que ela apresenta a aceitação ou a recusa a alguns procedimentos obstétricos. A autora vê o documento como forma de prevenção de abusos, onde a mulher demonstra à equipe que lhe assiste no momento do parto o seu conhecimento acerca de direitos, rotinas hospitalares e procedimento interventivos.

Lansky *et al* (2019), em pesquisa empírica desenvolvida no bojo da exposição "Sentidos do Nascer", demonstram que as mulheres se referem ao plano de parto como um documento ligado ao respeito dos direitos que lhes são garantidos no cotejo de seu atendimento obstétrico, tendo em vistas que tais direitos continuam sendo negligenciados pelos profissionais de saúde.

É possível dizer que o plano de parto se constitui como um documento dialogicamente construído pela mulher gestante e pela equipe obstétrica que lhe acompanha durante todo o

pré-natal, onde aquela manifesta suas preferências acerca dos procedimentos que ela aceita que ocorram em seu corpo no processo de parturição e aqueles que ela recusa, após o recebimento de informações de qualidade que lhe foram prestadas pelos profissionais de saúde. Trata-se, portanto, de um documento cujas decisões são compartilhadas, entre a mulher e a equipe médica obstétrica.

Para além das questões clínicas envolvidas, o plano de parto deve também abarcar outros aspectos. O documento deve ser pensado como forma de vivência subjetiva e pessoal do momento do trabalho de parto e parto, uma vez que se trata de um evento socialmente importante na vida não apenas da mulher parturiente, mas também de todos os seus familiares. Neste sentido, vale a transcrição de Andrezzo sobre o assunto:

> Também seria interessante que houvesse um espaço aberto no documento destinado à reflexão sobre demandas ligadas a questões culturais. Essa seria uma maneira de lembrar às instituições e aos profissionais que o parto é um evento cercado de valores que precisam de espaço na realidade para que se apresentem. Uma mulher indígena pode preferir parir sobre um lençol de cócoras, sustentada por uma acompanhante, mas que possibilidades teria de acesso a esse cuidado? (ANDREZZO, 2016, p. 92)

Verifica-se, portanto, que o plano de parto pode ser considerado como um documento completo, que abrange todas as questões clínicas envolvidas, bem como outras questões, que são importantes para a mulher que está sendo atendida.

Entende-se que o plano de parto se encaixa perfeitamente no conceito do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE). Este é o documento em que o paciente declara estar ciente de todas informações que lhe foram fornecidas pelo médico para a tomada de decisão acerca dos procedimentos médicos que serão adotados. É o consentimento livre e esclarecido reduzido a termo.

Sendo o plano de parto um documento construído dialogicamente entre a mulher e a equipe de pré-natal, após o fornecimento, por parte desta, de todas as informações necessárias para a vivência do trabalho de parto e parto; e considerando que tais informações são de qualidade, embasadas nas melhores evidências científicas disponíveis; que não há limitações estruturais para o atendimento conforme idealizado no plano de parto; e ainda que o atendimento da mulher durante esse momento deve respeitar sua autonomia corporal, bem como seus valores e aspectos biográficos, há de se entender que o plano de parto pode e deve ser considerado como um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido .

No mesmo sentido, há quem entenda que o "instrumento deve ser recebido como uma das possibilidades de facilitação do exercício do direito ao consentimento livre e esclarecido e da colaboração mútua" (TOKARSKI, 2018, p. 104). E como tal, deve definir os parâmetros de atuação médica. É o que consta na no art. 1º da Recomendação nº 1/2016 do CFM, que dispõe sobre o modo como deve se dar a obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente na assistência médica.

Do início ao fim da referida Recomendação, é possível aferir que a dinâmica para a obtenção do consentimento do paciente é idêntica à dinâmica ocorrida na relação entre a gestante e equipe obstétrica. Entende-se, inclusive, que tal dinâmica se aplica com ainda mais perfeição neste último caso, uma vez que, como já foi dito, há um lapso de tempo considerável entre o início do pré-natal e o momento do parto. Neste caso, não é possível dizer que não houve tempo para que as informações necessárias fossem prestadas, de forma a se colher o consentimento da gestante de maneira responsável.

É de suma importância deixar claro que o plano de parto, como o próprio nome diz, é um planejamento. As circunstâncias podem mudar durante o atendimento de uma gestante, podendo ser necessário intervir e fazer uso de toda a tecnologia disponível para aquele caso em específico. Trata-se de acontecimento dinâmico e imprevisível. (ANDREZZO, 2016)

Todas estas informações, inclusive sobre a imprevisibilidade, deverão se fazer constar no plano de parto, a fim de que a equipe deixe claro à gestante todas as alternativas possíveis. Isso se faz necessário, também, para que a equipe assistente saiba, no momento do atendimento ao trabalho de parto e parto, quais são as diretrizes que deverão pautar sua conduta.

É com base nesse argumento também que se defende que a gestante, ainda que tenha planejado um parto sem intervenções, possa mudar de ideia e exercer o seu direito de se submeter a uma cesariana durante o trabalho de parto, caso se sinta mais segura nestes moldes. Neste caso, a equipe deverá tê-la esclarecido, durante o pré-natal e a construção do plano de parto, sobre todos os riscos que esta decisão envolve, mas sempre com base na boa medicina, e não mais em afirmações sem fundamento científico.

É importante dizer que não se pretende, com este estudo, abrir mão do desenvolvimento biotecnológico que salva muitas vidas e que quando utilizado com prudência, traz inúmeras vantagens. O que se rechaça é o uso indiscriminado de todo um aparato médico que, muitas vezes, ignora a autonomia da gestante, e pode trazer consequências nefastas tanto à mulher, quanto ao bebê. (ODENT, 2003)

Paira no imaginário da sociedade um discurso segundo o qual as mulheres estariam buscando, a todo e qualquer custo, um parto, e não um filho vivo. Não é disso que se trata. Até porque, conforme demonstraram os resultados da pesquisa de Andrezzo (2016), não parece haver a intenção das mulheres em colocar em risco a vida de seus filhos e as suas próprias. O que se busca é um atendimento que respeite a autonomia da mulher durante o trabalho de parto e parto, o que, infelizmente, não tem ocorrido.

No Brasil, o plano de parto não tem sido bem recebido pela maioria da comunidade médica. Sustenta-se que a autonomia da mulher não deve se sobrepor à autonomia do médico, e que os chamados "modismos" atuais acerca de gestação e parto seriam deletérios, e que poriam em risco a vida da gestante e do concepto. Por tais motivos, o Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro proibiu, por meio da Resolução 293 de 2019, a adesão, por parte de médicos, ao plano de parto.

Andrezzo (2016) aponta tais fatos em seu estudo. Demonstra que no contexto obstétrico não há o que ela chama de "cultura" na tomada dialógica de decisões, apontando o divórcio que existe entre o tipo de atendimento que as mulheres esperam das equipes assistenciais, e a atenção que estas equipes estão preparadas e dispostas a oferecer.

Mas apesar de enfrentarem resistências, a autora demonstra que a utilização do plano foi em geral positiva, pois as parturientes puderam ter acesso a informações importantes durante o processo de elaboração do documento, o que aumentou sua confiança para expressarem suas necessidades no momento do atendimento no trabalho de parto e parto. (ANDREZZO, 2016)

Esta também foi a conclusão de Ana, que conseguiu viver o momento de maneira muito próxima daquela que ela concebeu, mesmo sem conhecer a equipe que lhe atendia no momento do trabalho de parto e parto. Bastou apresentar o documento para que a médica assistente entendesse suas pretensões e prestasse o cuidado demandado.

Desse modo, entende-se que um plano de parto bem construído, com participação dialógica da mulher e da equipe obstétrica, deve ter a mesma natureza que um TCLE e, como tal, deve ser de adesão obrigatória por parte da equipe obstétrica atendente no momento do trabalho de parto e parto, nos moldes do art. 1º da Recomendação nº 1/2016 do CFM.

5. Conclusões

O olhar das mulheres sobre o evento do nascimento tem se voltado para uma vivência diferente daquela que vem ocorrendo nos últimos 100 anos. Procura-se viver o parto como experiência, e não mais como momento médico. Entretanto, para que isso ocorra, é preciso reconhecer a autonomia da mulher nesse momento, o que só pode ser feito se ela tiver voz durante esse processo, e que essa voz seja devidamente ouvida por seus assistentes. (ANDREZZO, 2016)

O relato do segundo parto de Ana nos mostra isso. A ela foram dadas informações de qualidade, baseadas em evidências científicas, o que lhe proporcionou uma atividade educativa e empoderadora para dispensar, inclusive, a anestesia durante o trabalho de parto e parto. Com isso, foi possível a construção de um plano para a vivência de um parto respeitoso e satisfatório, que ocorreu de acordo com a pessoalidade e o projeto de vida boa que Ana elegeu para si. De fato, houve o exercício de sua autonomia para a vivência dessa experiência. Certamente, este atendimento só foi possível porque ela encontrou uma equipe disposta a lhe fornecer informações e, por outro lado, outra que lhe assistisse no momento do parto respeitando aquilo que ela construiu ao longo do pré-natal.

Sabe-se que não é essa a realidade da maioria das brasileiras, que dependem do serviço público para terem acesso a serviços obstétricos, e que neste contexto, dificilmente há a disponibilização de informações, nem tampouco há profissionais que estejam dispostos a atender ao plano de parto. Entretanto, o trabalho de Andrezzo (2016) demonstra que é totalmente possível esta realização no âmbito do SUS, sendo necessário, para tal, que haja a quebra da verticalização das relações entre os profissionais de saúde e as mulheres e a discussão de protocolos obstétricos dentro das instituições a fim de aumentar a qualidade da atenção prestada.

Com isso, é necessário que o plano de parto seja considerado um TCLE e, como tal, tenha força para vincular a equipe assistente no momento do atendimento ao trabalho de parto e parto, nos termos do art. 1º da Recomendação nº 1 do CFM. Afinal, se o plano é construído com base em uma relação dialógica entre a gestante e a equipe obstétrica assistente durante o pré-natal, fundamentada nas melhores evidências científicas disponíveis, de maneira a possibilitar o exercício da autonomia da gestante no momento do trabalho de parto e parto, e não havendo impedimentos estruturais para o atendimento ao plano, por que não seguir as diretrizes ali descritas?

Referências bibliográficas

AMORIM, Melania Maria Ramos. A falácia da circular de cordão. *In:* Melania Maria Ramos Amorim. **Estuda, Melania, estuda!** Recife, 16 de agosto de 2012. Disponível em: http://estudamelania.blogspot.com/2012/08/a-falacia-da-circular-de-cordao.html. Acesso em 03 jun. 2021.

AMORIM, Melania Maria Ramos; DUARTE, Ana Cristina Santos. Indicações reais e fictícias de cesariana. *In:* Melania Maria Ramos Amorim. **Estuda, Melania, estuda!** Recife, 20 de março de 2021. Disponível em: http://estudamelania.blogspot.com/2012/08/indicacoes-reais-e-ficticias-de.html?view=classic. Acesso em 03 jun. 2021.

ANDRADE, Kelly Christine Oliveira Mota de; CARMINATE, Raphael Furtado. Primeiras impressões sobre a Resolução 2.232/19 do Conselho Federal de Medicina e a autonomia da mulher gestante. *In*: **Sobre Atualidades do Direito** – 8ª Coletânia de Ensaios e Artigos. 1ª ed. Mariana: Magna Campos, 2020, v. 1, p. 238-263.

ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar. **O desafio do direito à autonomia: uma experiência de Plano de Parto no SUS**. 2016. Dissertação (Mestrado em Saúde, Ciclos de Vida e Sociedade) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/D.6.2016.tde-07112016-141429. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6136/tde-07112016-141429/pt-br.php. Acesso em: 03 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação nº 1 de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 04 jun. 2021.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Resolução nº 293 de 06 de fevereiro de 2019**. Dispõe sobre a proibição de adesão, por parte de médicos, a quaisquer documentos, dentre eles o plano de parto ou similares, que restrinjam a autonomia médica na adoção de medidas de salvaguarda do bem-estar e da saúde para o binômio materno-fetal. Disponível em: https://www.cremerj.org.br/resolucoes/exibe/resolucao/1390. Acesso em: 04 jun. 2021.

HUGUES, Gabriela Macedo ; HEILBORN, Maria Luiza . "Cesárea? Não, Obrigada!": ativismo em uma comunidade online na busca pelo parto normal no Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 4, e00047620, Mar. 2020. Disponível em: http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/1373/cesarea-nao-obrigada-ativismo-em-uma-comunidade-online-na-busca-pelo-parto-normal-no-brasil. Acesso em 03 Jun:. 2021.

LANSKY, *et al*. Os significados e sentidos do plano de parto para as mulheres que participaram da Exposição Sentidos do Nascer. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 35, n. 6, e00143718, Jul. 2018. Disponível em: http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/773/os-significados-e-sentidos-do-plano-de-parto-para-as-mulheres-que-participaram-da-exposicao-sentidos-do-nascer. Acesso em 03 Jun. 2021.

LANSKY, Sonia *et al.* Violência obstétrica: influência da Exposição Sentidos do Nascer na vivência das gestantes. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 24, p. 2811-2824, 2019. Disponível em:

https://www.scielo.br/j/csc/a/66HQ4XT7qFN36JqPKNCPrjj/abstract/?lang=pt. Acesso em 03 de jun. 2021.

NOGUEIRA, Roberto. Henrique Porto; SILVA, Leila Bitencourt Reis da Silva.;. A igualdade democrática na relação paciente-psiquiatra como meio para o exercício da liberdade para além da adesão ao tratamento. **Revista de Direito Sanitário**, [S. l.], v. 20, n. 1, p. 127-148, 2019. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v20i1p127-148. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/164212. Acesso em: 3 jun. 2021.

ODENT, Michel. **O camponês e a parteira**: uma alternativa à industrialização da agricultura e do parto. Trad. Sarah Bauley. São Paulo: Ground, 2003.

PARTO DO PRINCÍPIO. **Violência Obstétrica "Parirás com dor". Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres em 2012**. Disponível em: https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos /SSCEPI/DOC%20VCM %20367.pdf. Acesso em: 18 de abr. de 2021.
SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5. ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. edição. São Paulo: Atlas, 2013.
SOUZA, Alex Sandro Rolland; AMORIM, Melania Maria Ramos; PORTO, Ana Maria Feitosa. Condições frequentemente associadas com cesariana, sem respaldo científico. **Femina**. Recife, v. 38, p. 505-516, set. 2010. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/fs36di1bc29f18j/condicoes%20associadas%20a%20cesariana%20sem%20respaldo%20cientifico.pdf. Acesso em 03 de abr. 2021.

SUÁREZ-CORTÉS *et al*. Uso e influência dos planos de parto e nascimento no processo do parto humanizado. **Revista Latino-americana de Enfermagem**, Murcia, v. 23, n. 3, p. 520-526, maio-jun. 2015. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rlae/a/CnCH3f9JjpyCsCStbtdrZfS/?lang=pt&format=pdf. Acesso em 06 de jun. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima. Cuidados paliativos: entre autonomia e solidariedade. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 240-258, abr. 2018. ISSN 2175-0491. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13037. Acesso em: 20 out. 2019.

TESSER, Charles Dalcanale; KNOBEL, Roxana; ANDREZZO, Halana Faria de Aguiar; GRILO, Simone Diniz. Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 35, p. 1–12, 2015. DOI: 10.5712/rbmfc10(35)1013. Disponível em: https://www.rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013. Acesso em: 3 jun. 2021.

TOKARSKI, Maine Laís. **Autonomia sitiada: o parto como terreno de disputa.** 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/55672/R%20-%20D%20-

%20MAINE%20LAIS%20TOKARSKI.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 25 abr. 2021.

ODE DA HOSPITALIDADE: ORIGEM E MORADA NO "EU" DO OUTRO

Aline Venutto[22]

Resumo

Pretende-se neste ensaio, abordar a hospitalidade, o estrangeirismo, a escuta, o outro. Refletindo, apontando e ilustrando situações e contextos que comprovam a existência, e a necessidade de reconhecimento do estrangeirismo, que é ser no e o outro. A importância da hospitalidade, principalmente através da escuta empática. Um percurso de reconhecença, pertencimento e de sensibilização, possível talvez, somente através da Literatura. O enfoque não é tão somente em conhecer o outro, suas origens, diferenças, mas, em principalmente em participar do estatuto otológico do outro. Isto é sensibilizar, observar e respeitar as características diferentes e distantes, e ainda assim, participar do outro. Tendo como vetores para esta efetiva alteridade, o respeito, a escuta cuidadosa, a afetividade atenta e a permissividade que somente o amor contém.

É um fazer do outro, que é estrangeiro, morada e também fornecer a ele um lar, na simbologia de um acolhimento mútuo.

Palavras-chaves: Direito; Literatura; Hospitalidade; Escuta; Outro

Abstract

This article intends to adreess to themes like hospitality, foreignism, the act of listening, and the Other. Reflecting, pointting e ilustrating situations and contexts that prove the existance and also the need to recognize the foreignism of our own existence and in the existence of the Other. The importance of hospitality, especially through an empathic way of listening. A path of recognition, belongingness and sensitiveness, that perhaps is Only possible through literature. Its focus ain't just about getting to know the Other, their origns, the differences in their behavior, but sepecially to participate in their otological status. That means to feel sensitized, to observe and to respect the Other's features, wich are different and distant to

[22]Advogada, Escritora, Especialista em Processo Judicial Eletrônico - PJe, funcionária da COAPE alocada na Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Pós Graduada em Direito Público pela Universidade PUC Minas, Membro Efetivo da Academia Corintiana de Letras, Membro da Rede Direito e Literatura, Membro da Ong Amigos de Minas, Palhaça Humanitária

yours, but yet to participate of the Other. As vectors to this efective otherness are the respect, the carefulness listening, attentive affection and the permissiviness that only love can provide.
Key words: Law; literature; hospitality; listening ; the Other

Verbetes introdutórios: em mim, em ti, em nós.

Estes verbetes introdutórios nos servem como localizadores semânticos, do lugar de fala ou do "não" lugar de fala que esse texto pretende habitar, descrever, falar e principalmente, ouvir e ser ouvido. Um lugar de fala que pretende "ser".

Ode, pela musicalidade de tantos significados que atravessam, nos coabitando, como poemas vivos que somos. Ode, por sermos destinados, e predestinados ao canto. Do canto individual ao coro, que expõe emoções e sentimentos, e que se lança ao voo oblíquo e livre, o pássaro de nossas humanidades. Ode, por ser composto de estrofes e de versos com medidas demarcadas e não quantitativas da condição humana. Ode exatamente pela desconstrução da métrica, porque a cadencia mora no descompasso e nas diferenças que somos. Mas, sempre em tom alegre do "AmarElo" (Emicida, 2019), azulado do acolhimento que há e se faz em nós, de sabores tão intensos. Nos dizendo dos movimentos dessa música em nós, e do próprio movimento que logo somos.

A realidade da ficção e a ficção da realidade, que acontece quando emprestamos os nossos próprios olhos, para que fechados, se entreguem a escuta inteira, completa e viva. A simetria dissimétrica do sublime encantamento pelo e através do estrangeirismo que vive no outro e que guarnece em nosso interior.

O estrangeiro que é o outro. Um outro que é sempre diferente, mas nunca distante. O outro que tem origem, sendo também morada e herança. O outro que constrói rastros e reflexos, em nós. Laços de uma mutualidade nunca fragmentada.

A hospitalidade que abraça, abarca, envolve e inunda. Respeitando o olhar e os espectros emocionais individuais. A alteridade que frui, emana, e em seu fluxo contínuo e leve, alimenta a rede humana da qual fazemos parte e da qual vivemos.

Olhos, ouvidos, mãos, boca, corpo e toque, em verdades não equânimes que se encontram, hospedando um por um, em suas peculiaridades. Respeito empático. A arte de falar e ouvir com o coração. Para além de delimitar o lugar do outro, mas para escutar. A cognição de humanidade como algo que não pode ser apenas um conceito ou uma definição. A humanidade é complexa, abstrata, ampla e imperfeitamente fascinante.

Pretende-se aqui, nesse ensaio, expor e compreender a capacidade não só do exercício empático, mas a coragem de reconhecer que, nós somos também o e no outro. E que tão e somente assim essencialmente somos. Assumindo *in totum* esta concepção, a sua força, repercussão e inúmeras dificuldades. Aceitando que humanidade é o que forma o (uni)verso que somos. Ou seja, o uni/uno, só se viabiliza pelo todo.

O lírico e a métrica dessa ode, cedem lugar ao outro, como acontece e propõe o tema do próprio ensaio. E assim se transfigura em prosa descritiva, reflexiva e afetuosa, do porvir presente, do instante-já e do futuro do pretérito. Nossos atravessamentos, transições e encaminhamentos perenes ao próprio viver. Sobrepondo e iluminando, como um halo, a adjetivação do ser humano. Viver, pertencer e ser, a hospitalidade como algo natural e intrínseco a todos nós.

Essa travessia, é marcada por espaços fronteiriços, de inquietações agridoces, que se desdobram em uma responsabilidade uni-totalitária, de um lugar (in)comum, no qual é permitido fechar os olhos e perceber o outro, para tão somente assim, efetivamente ver. Fechar os olhos e ver, já que o que queremos de fato, é (ver)melho(r). Ver melhor usando sempre a coloração do coração, vermelho pulsante.

Olhar, sentir e agir: sensações que nos humanizam e nos aproximam. O olhar para além de simplesmente ver, o alcançar o invisível aos olhos, mas acessível aos que por permissividade e/ou liberalidade, se entregam ao outro. Se entregam a esse pertencimento árduo e aconchegante, tão quente exatamente por ser tão frio. Frieza esta causada exatamente pela ausência de visitação e tentativas. Porque a hospitalidade, é doce quente, feito no fogão a lenha, que exige tempo, espera, dedicação e amor no fazer.

A hospitalidade tratada aqui, é a arte de que tanto carecemos: pura e simplesmente ver o outro. Ser capaz de sentir e tocar o outro, mesmo sem o contato físico. Respeitar o seu lugar, o seu espaço, o seu tempo, e por fim, suas verdades, que são as suas impressões no e sobre o mundo. Ver é reverenciar, reconhecer, respeitar, aceitar e afetivamente colher e acolher disparidades. E é principalmente, aceder ao estrangeirismo, como características divergentes das nossas e também das dos outros "outros". São tantos outros que existem, tantos estrangeiros, tantos diferentes, estranhos, inclusive dentro de cada um de nós.

O que nos faz estrangeiros: eu, o outro e todos nós, é esse justo momento. Esse movimento de tamanha força, que enfoca nas diferenças de cada um, quanto ao modo de ser, agir, pensar e viver. A diversidade que circunda e circula em nossas entranhas, tão nossa, como nosso próprio sangue. O foco nas diferenças não é ou não deveria ser a razão de

tamanhas diásporas, preconceitos e violências. Mas, muito antes pelo contrário, é a razão para sermos cada vez mais juntos, mais outros, mais diferentes, opostos, convergentes, mas cada vez mais estrangeiros, cada vez mais presentes nas tantas e tamanhas formas de alteridades.

Travessia: rastros e amor

Minha saudosa avó materna, tinha uma frase clichê, que sempre usava, em vários contextos, e como resposta para as mais variadas perguntas, por mais distintas que fossem. A afirmação era: “Qué vê, escuta.” Esta era a sua fala, a sua frase. Todos nós sempre riamos e brincávamos muito com essa frase que demonstrava sua simplicidade existencial e pouco estudo que tinha. Riamos muito sempre, pela impossibilidade real de acontecimento contida nela. Era evidente a mistura dos sentidos, que não são os mesmos. Para nós, era praticamente obvio que se quiséssemos ver era só olhar na direção pretendida, de olhos abertos. Já para escutar, era preciso estar de ouvidos abertos e atentos. Nós, contudo, não compreendíamos ou aceitávamos que, para ver, era preciso escutar, isso parecia no mínimo uma bobagem, ou um vício/hábito da fala regional, algo costumeiro da informalidade do prosear dela. A nossa conclusão era por demais, óbvia, lógica, matemática e, talvez, até insensível. Era uma conclusão tão natural para nós, resultado de nossa cegueira para com nós mesmos, nossos sentidos, sensações, sentimentos e principalmente fruto no nosso automatismo em tudo.

Foram precisos alguns anos, experiências, vivências, leituras, estudos e mais detalhes afetos à toda caminhada humana, não passiveis de definição em palavras. Tudo isso para que, eu pudesse constatar a grandeza, a verdade e imensa sapiência guardadas naquelas doces palavras. Mais uma mostra do relicário imenso contido nos diálogos com os mais velhos, nos diálogos de todas as espécies, que se demoram em nós. Mais uma prova de que o conhecimento empírico, é aquele capaz de transcender, ultrapassar e fornecer sempre orientações e bases para uma edificação mais saudável e efetivamente humana, sem limitações de tempo ou espaço.

Sim, para ver, é preciso primeiramente escutar. Sim, esses dos sentidos do corpo humano, praticamente físicos, que nos servem como meios de sobrevivência em sociedade. Esses sentidos que são conexos e até complementares, como grandezas diretamente proporcionais, são mais que condições anatômicas do corpo físico humano.

Para ver é preciso escutar. Que nos desculpem e licenciem, todos os estudiosos do corpo humano e das funções correlatas aos seus órgãos e funções correlatas. Este não é em

nenhuma hipótese um texto cientifico da área de ciências biológicas. O enfoque presente, é o interno, o dentro, para além de estruturas, conceitos e ciências exatas. Aqui, nos demoramos e nos debruçamos a admirar a poesia em ser humano, e tentar compreender, mesmo que distantes e não dispostos a definir qualquer tipo de compreensão. Nada científico e nem estático, mesmo que ainda assim o seja.

Conceder e conceber ao corpo, ao ser, a essência, à escuta hospitaleira, hospedeira e hospital. Esta escuta que abrange, cedendo todo o infinito de si para o outro, reconhecendo as fragilidades, vulnerabilidades e a dor, como lugar comum, no qual todos indistintamente estamos, e em algum momento ou em vários momentos sempre nos encontraremos.

A escuta como antídoto, tratamento e cura. Escuta como comunicação e elo. A escuta como apoio, auxílio, abrigo e continuação. A escuta traçada e feita ao fechar os olhos de carne, e ao abrir os olhos espirituais, os olhos de outras dimensões, os olhos do coração. Abrir os olhos que não existem e povoam o imaginário, o sensorial. Os olhos que trazem em si o "sentimento do mundo" (Drummond, 1940). Os olhos do sentimento pulsante, que viabilizam encontrar-se e se encontrar com o outro, em silêncio ou não, com atos ou gestos. Na troca do puro e simples olhar. O fitar, uma intimidade que só é sabida ao ler nos olhos. O olhar para ver realmente, ver de verdade, ver com o coração, carece antes e necessariamente do escutar. Ser capaz de escutar o que silente, o que existe na ausência de pronúncia das palavras, escutar o não dito. As batidas do coração que dizem mais, muito mais de tudo que há em nós, que há no mundo. Que diz mais, muito mais do que precisa ser dito, e diz exatamente do que precisamos saber.

A sabedoria está em saber-se vivo no outro, no (re)fazimento à muitas mãos, nos rastros nunca trilhados só. Humanos não são ilhas, são multidão, vastidão e coletividade. São encontros, reencontros, memórias, testemunhos, recordações, retalhos, pontas de linhas que vamos costurando durante a vida.

Segundo Toni Morrison, em a Origem do Outro, publicado em 2017, diz "o risco de sentir empatia pelo estrangeiro é a possibilidade de se tornar estrangeiro". É nesse lugar que se constata de algum ponto de vista, que todos somos estrangeiros, se não para nós mesmos, para os outros, de forma ampla e encantadora. E assim também que o denominador comum se faz, somos idiossincráticos, fazendo parte de um todo, de um coletivo comum, que só é possível pelas características que nos distingue dos outros.

Nós, Seres humanos, somos mônodas (no leibnizianismo), dotados de muitas individualizações, mas também de indivisibilidade e eternidade. Indissolúveis na composição

dessa substância chamada família-humana e/ou humanidade, matérias que formam algo imaterial. Essa concepção de rede, de teia-humana, do lugar do outro que se confunde com o nosso, que precisa ser assumida, sorvida, saboreada e amplamente vivida, como a mais nobre hospitalidade a ser ofertada ao estrangeiro.

Dizer de amor, dizer de amar, é ao mesmo tempo, urgente, imediato e corolário. Dizer de amor próprio, é também me amar no outro, e também amar o outro que há em mim. Somos "infinitos particulares", templos, imensidões, pedaços de oceanos e pequenos fragmentos de intensa luz. Somatórias e resultados de encontros e desencontros, de permissividades e todas as escolhas. Em suma, reflexos, tanto do que somos quanto do que o outro é em nós e para nós. Como na música que Caetano Veloso escreve para a irmã Maria Bethânia, "Reconvexo"(Veloso, 1989), um contraponto entre o "eu" personagem da canção e uma terceira pessoa existente.

Não há relatividade. Há abstração, amor e entrega, um constante girar da roda gigante em (re)conhecimento de quem realmente somos. Amplitude mesmo diante de nossa finitude.
Nas palavras do poeta Fabrício Carpinejar, todo toque traz uma caligrafia, e o amor é quando conseguimos imitar a letra do outro em nossa pele. (Carpinejar, 2020).
É assim que somos, uma intimidade profunda ao desconhecido, uma intimidade silenciosa, branda, branca, (in)consciente e espessa. Uma resposta de aceitação reiterada (um ao outro, e de um para o outro). Trocas mágicas, comuns e escassas, transfusões raras, que salvam vidas, moldam pessoas, e dão vida à própria vida, e vida em abundância.

Dois trechos, dos muitos do livro, "A fascinação das Asas", do Professor Fernando Armando Ribeiro, publicado em 2019, nos servem como sustentáculos nessa caminhada. O primeiro: "seus olhos fitavam o infinito como só os cegos parecem saber fazer". E o outro: "Não bastava educar os olhos. Para perceber as plantas, você tem que usar todos os sentidos. A maioria acaba se deixando enganar pela visão".

Perceber através e em todos os sentidos, sentir de todas as dimensões, tocar o imaterial, respirar o gosto, saborear fragrâncias, ecoar para além de limitações e concepções, e assim, não se caber em perplexidades. Não se conter às ilusões oculares. Ver além das imagens que se formam em nossos globos oculares.

Ressignificar dissonâncias, perceber o mundo por outras perspectivas e óticas, usando diferentes lentes e desfrutando seus múltiplos enfoques. Viver, um olhar caleidoscópio em rotação, a mão que impulsiona esse giro é o amor que faz morada em cada um de nós, e que nós escolhemos ser lar.

“Minha opinião inicial tende para a necessidade social/psicológica de um “estrangeiro”, um Outro, que possibilite definir o eu isolado (aquele que busca multidões é sempre solitário)[23]”.

A “outremização” também não é o caminho desejado, sadio ou que resolveria. “Romantizar” extremos, polarizações e fanatismos, só aumenta e alimenta o diapasão das diferenças e julgamentos, que hierarquizam, e fazem existir um polo que sempre é inferior ao outro. Isso é doentio e somente reafirma o liame sutil que interliga o limite protecionista ao vazio abissal.

A vida é uma escola, e é talvez o único mecanismo capaz de mexer e deslocar as lentes que usamos para enxergar o mundo, principalmente no que diz respeito à situação de comunhão universal e plena no que diz respeito ao desamparo social em massa.
Solidariedade ao lidar com o sofrimento, a alegria, a dor e o sorriso do outro, sem julgamentos ou exigências. Isso é fazer o coração ver, sentir e acelerar. É a compaixão despida de rótulos e preconceitos. É alma nua. É despir-se de títulos, status e qualificações, e aceitar que você é simplesmente isso, ou ainda, tudo isso.

Chegar perto do outro com horizontalidade, é algo mais recorrente. Mas vê-lo como um todo. Verticalizar esse encontro. Tornar viscerais as compreensões. Se propor e se permitir a: trocar os corações plastificados, a grama mais verde dos vizinhos, os sorrisos postados em redes sociais, os bares sempre cheios de tanto vazio, as famílias felizes que não se falam, os pais ausentes que são grandes executivos. Trocar! Substituir tudo isso, pelo que realmente importa, e é essencial. Pelo que faz pulsar a alma, brilhar os olhos e que de fato nos (lo(u)co)move. Sim, uma loucura que nos move ou que nos mova. Porque todo movimento carrega dentro de si uma loucura, uma loucura-coragem, que o impulsiona e faz acontecer.

O Amor como a única revolução possível. O amor como a demanda do mundo. Ver através dos olhos, usando os filtros da arte e de toda a nossa poesia.

O encantamento genuíno da arte do palhaço

Italo Calvino, em seu livro “Porque ler os clássicos”, publicado em 1991, lista justificativas para tal ato. E dentre elas, ou aplicando a correlação entre elas, diz que clássicos, estão ou devem estar sendo sempre lidos, e relidos, não importa. Porque cada leitura, cada encontro com aquele texto, causa desdobramentos, ecos, reflexos e interpretações, que por sua

[23] Morrison, Toni. A Origem dos Outros, 1ª Edição. Editora Companhia das Letras, 2019. Pág. 38 e 39.

vez, nunca são imparciais e nunca são as mesmas. Porque se conectam a nós, as nossas sensações e experiências, que são afetas a quem somos naquele momento e ao contexto que vivemos.

Debruço me aqui, em um livro que a meu ver, é um clássico. Um típico livro de cabeceira que comporta (re)leituras infinitas e intermináveis. Não há como falar, em livros favoritos ou na possibilidade de escolher um em detrimento a outro, mas se houvesse esta possibilidade, este com toda certeza seria um deles: "O palhaço e o psicanalista", de Christian Dunker e Cláudio Thebas, publicado em 2019.

Ler este livro ampliou horizontes, ressignificou condutas, tolheu ações, mutou sentimentos, enfim, sensibilizou ainda mais um "ser" humano. No diálogo entre um palhaço profissional e um profissional psicanalista, percorremos lugares caros à condição existencial humana, como amor e morte, absurdos e realidades, reconhecimentos e "ignorãças"[24], privilégios e descasos, e muitas outras situações mais.

O capítulo que mais me cativa e revolve, levando me ao avesso do avesso, é o 13º, intitulado: "Por que o sapato do palhaço é grande?". Ele é encontro, compreensão, ensinamento, espelho, e antes de tudo, correção. Um chamamento poético à alteridade. Um realce de nosso denominador comum, nossas fragilidades, através da vulnerabilidade de sofrimentos.

> "O sapato do palhaço é grande porque não é dele. A concretude da colocação guarda uma metáfora: o palhaço simboliza nossa natureza humana, essencialmente despossuída, errante e perdedora. Somos despossuídos tanto porque é assim que viemos ao mundo quanto porque as posses que acumulamos ao longo da vida são provisórias". "O primeiro passo para escutar é se despossuir: de seus personagens, de suas prerrogativas, de seus direitos, de sua língua, de seu circo neurótico particular". (Dunker, Christian, 2019)

Esvaziar-nos de nós mesmos, de nossos títulos, rótulos, preconceitos e julgamentos, de tudo que nos aprisiona, e nos impede de ser. Assumir a nudez do ser. Aceitar "o animal que logo somos", nos vendo nus diante do outro, e de nós mesmos

Como descreve Mario Quinta no trecho de um dos seus poemas: "A felicidade bestializa, só o sofrimento humaniza as pessoas". É na nossa condição de miserabilidade e fragilidade que nos conectamos com o outro. Nossas mazelas nos aproximam, fazendo com que mais visivelmente nos coloquemos em igualdade e dependência mútuas. É dessa escuta

[24] Título do capítulo do livro de poemas: Meu quintal é maior do que o mundo, Manoel de Barros.

que carecemos para entender as relações humanas que formamos e que preexistem. Mas desejamos que isso seja no sempre, seja rotina e não somente nas nossas mazelas humanas.

Somos significados vivos que atravessam, de encontro à voz do outro, entendendo e escutando. As conversas despretensiosas são trocas sociais riquíssimas. O trazer e escutar as pessoas para fora de suas identidades, possui um potencial transformador. Um potencial de cura e de perpetuação do amor. Um potencial de vida extraordinário.

Citando ainda o mesmo livro acima, "o desejo genuíno de aprender como escutar os outros e aprender isso com o outro é um ponto de partida fundamental para qualquer forma de vida que se considere comum"[25].

A sociedade atual vive um aceleramento desmedido, uma corrida desenfreada por sabe se lá o que, tentando tornar o tempo cada vez mais produtivo, monetizando tudo, inclusive nossas oportunidades de viver o simples. A pandemia, frenou, e até parou o acontecer do acontecimento da vida, mas os homens mercantilizados, já providenciaram uma nova forma de voltar ao antigo normal, que é a falta de tempo para tudo.

Vivemos o fenômeno coletivo nominado como "desescutação" recíproco, fundamentados na crença de que cada um está de um lado (como se houvessem lados) e ainda mais, que cada lado está tão somente reagindo ao outro. Um egoísmo justificado, talvez. Às vezes, enxergamos, mas não vemos. E as coisas vão passando, assim como as pessoas, os momentos e as oportunidades, de sermos melhores e transformados.

Soluções viáveis e acessíveis estão ao alcance de nossas mãos-atitudes, passíveis de nossa ação-escuta. Focar no outro, cuidar das palavras, inverter perspectivas e consequências, demandar tempo e atenção ao outro e as coisas do outro, respeitar ou não violar às expectativas criadas, cultivar confiança, estar junto, presente e integral. Ver, ser visto, reconhecer e ser reconhecido no olhar deste estrangeiro, nutrir condutas compatíveis à escuta empática, são como fazer uso de "Pílulas de reescutação."

Ouvir é verbo transitivo direto, e ocorre involuntariamente, via de regra. Mas, escutar é atitude, opção e escolha. Benesse daqueles que se derramam à magia da permissividade, à arte de abraçar as suas fragilidades, expondo suas misérias, mudando e amando seus próprios fragmentos. Estes sim, efetiva e eficazmente escutarão a coletividade individual, entrevendo a essência do próximo em si mesmo. Esses que atuam em constante escuta, são vetores que disseminam empatia enraizada e livre.

[25] Dunker, Christian. O palhaço e o psicanalista: como escutar os outros pode transformar vidas. Editora Planeta do Brasil Ltda, 2019. Pág. 14.

Sensibilizar através da literatura, e da escuta hospitaleira, não como reformar/transformar moral, ética ou comportamentalmente o outro. Não é este o cerne, nem o objetivo da questão. Aspiramos participar do outro, participar do estatuto ontológico do ser o outro.

Desejamos nos apresentar assim em: "estado de potência desguarnecida. Estou aqui, inteiro, aberto e disponível."[26]

Escutar os outros, se entregar à hospitalidade da escuta, pode transformar vidas, existências, sociedades, e tudo mais que o porvir tiver reservado para todos e cada um de nós. Das miudezas às grandes conquistas e acontecimentos. Do sorriso ao desconhecido, a cura de depressões, de um solitário fazer um amigo. De um mero "oi", uma gigantesca evolução humana.

Da literatura à realidade de tantas vidas

> "O inferno não são os outros, pequena Halla. Eles são o paraíso, porque um homem sozinho é apenas um animal. A humanidade começa nos que te rodeiam, e não exatamente em ti. Ser-se pessoa implica a tua mãe, as nossas pessoas, um desconhecido ou a sua expectativa. Sem ninguém no presente nem no futuro, o individuo pensa tão sem razão quanto pensam os peixes. Dura pelo engenho que tiver e perece como um atributo indiferenciado do planeta. Perece como um qualquer"27. (Mãe, 2018)

Neste trecho do livro, "O paraíso são os outros", publicado em 2018, o Autor Valter Hugo Mãe, poetiza em prosa o nosso cordão umbilical, que nos interliga a todos os outros viventes durante todo o tempo. Desenha o paraíso de termos o outro, de termos com quem contar, termos abrigo e ser também lar.

Não há nada, nenhuma impressão, nenhuma vivência que não passe pelos nossos sentidos. Vivemos experimentando, o que somos, o que pretendemos ser, e isto inclui diretamente o outro. Somos tradutores do mundo, do nosso mundo, do mundo do outro e estamos a cada momento lançando nossa percepção do mundo para o próprio mundo.

A hospitalidade na escuta do outro, é o reconhecimento de pertença, mas é acima e antes disso, um grito de liberdade, que desloca conceitos limitantes nos permitindo ser o infinito com e no outro. Encontramos respaldo e complementação a tudo isso, nos versos da

[26] Dunker, Christian. O palhaço e o psicanalista: como escutar os outros pode transformar vidas. Editora Planeta do Brasil Ltda, 2019. Pág. 80.

[27]Mãe, Valter Hugo. O paraíso são os outros, 2ª Edição. Editora Biblioteca Azul, 2018. Pág. 57.

Poeta e Professora Luciana Pimenta, “vive no poema que confirma a teia, de gerações que habitam uns aos outros, uns aos outros”[28].

Acolhimento é palavra mestra, que desenha, transmuta e consolida a escuta vigilante, ativa, pulsante e altiva. Os ouvidos despertam antes de qualquer parte do corpo, como se isso integrasse a (des)ordem crono-lógica de estar vivo. Mas é preciso que estejamos atentos, e que o silencio não soe como desinteresse ou falta de consideração. Mas que o silencio engajado, demostre presença, integralidade e atenção cuidadosa, que são elementos fundamentais.

Citando Conceição Evaristo, ela diz: “Gosto de ouvir, mas não sei se sou a hábil conselheira. Ouço muito. Da voz outra, faço a minha, as histórias também. E no quase gozo da escuta, seco os olhos”[29].

São palavras da escritora Conceição Evaristo, em seu livro Insubmissas lágrimas de mulheres. Livro, em que ela se dedica a escutar a contação de histórias verídicas de mulheres em situação de vulnerabilidade, seja pela raça, pelo gênero, ou pela condição social e assim, as transforma em narrativas literárias. Não há duvidas que, ao emprestar seus ouvidos, mãos e coração a essas mulheres, a autora curou, amou, ensinou e aprendeu com cada uma delas. Assim como nós, os seus leitores. O texto é formado por relatos, memórias vivas que perpetuam. A literatura como um instrumento que somatizado à escuta empática, funciona na pratica como agente transformador da sociedade e das capacidades humanas.

O bálsamo, a purgação e a catarse de conflitos e dores humanas, lado outro, não oposto, temos como catalisadores do amor: a escuta, a leitura, a poesia, a literatura, a arte. É através dessa (re)visitação ainda estranha e sempre tão necessária que ocorre a aproximação, o acesso a esse orbe, o oferecimento de ressonâncias e o exaurimento (ou redução) dessa cegueira tão seletiva.

Devemos não somente compreender e buscar convergir com o estrangeiro, mas também pedir para que ele nos entenda e venha ao nosso encontro, para que juntos possamos participar da ceia da hospitalidade, como hóspedes gentis. Caminhar junto. Reconhecer precipuamente que somos hóspedes, e assim dar lugar ao próprio lugar, porque toda a questão da hospitalidade e do outro que é estrangeiro, na verdade é uma questão de ser. E assim, todos nós somos.

[28] Pimenta, Luciana. Heranças. Editora Letramento, 2016. Pág. 41.

[29] Evaristo, Conceição. Insubmissas lágrimas de mulheres, 2ª Edição. Editora Male, 2016. Pág. 08.

Nessa travessia que se faz em nós, percorremos espaços desconfortáveis e até perturbadores, porque lidamos com questões como: amor e ódio, conhecido e desconhecido, sapiência e ignorância, profano e sagrado, sanidade e loucura, humano e divino. Percorremos caminhos que na verdade são os nossos próprios labirintos internos.

Para encerrar, esse ensaio que não tem fim, porque em ato de pura audácia pretende ousar continuar em e entre nós, repercutindo reflexões. E até mesmo porque, talvez, nem um ensaio seja, seja um simples palavras que propõe algo de cunho sensorial.

"Sintaxe à vontade" da Banda O Teatro Mágico:

> "Que nesse momento que cada um se encontra aqui agora. Um possa se encontrar no outro e o outro no um. Até porque, tem horas que a gente se pergunta, por que é que não se junta tudo numa coisa só?"[30](Sintaxe à vontade - O Teatro Mágico).

Referências

AmarElo, Título do terceiro álbum de estúdio do rapper, cantor e compositor brasileiro Emicida, lançado em 30 de Outubro de 2019.

Morrison, Toni**. A Origem dos Outros**, 1ª Edição. Editora Companhia das Letras, 2019. Pág. 14.

Ribeiro, Fernando Armando. **A fascinação das asas**, 1ª Edição. Editora Quixote + Do Editoras Associadas, 2019. Pág. 98.

Morrison, Toni. **A Origem dos Outros**, 1ª Edição. Editora Companhia das Letras, 2019. Pág. 38 e 39.

Título do capítulo do livro de poemas: **Meu quintal é maior do que o mundo**, Manoel de Barros.

Dunker, Christian. **O palhaço e o psicanalista: como escutar os outros pode transformar vidas**. Editora Planeta do Brasil Ltda, 2019. Pág. 78 e 79.

Dunker, Christian. **O palhaço e o psicanalista: como escutar os outros pode transformar vidas.** Editora Planeta do Brasil Ltda, 2019. Pág. 14.

Dunker, Christian. **O palhaço e o psicanalista: como escutar os outros pode transformar vidas.** Editora Planeta do Brasil Ltda, 2019. Pág. 80.

Mãe, Valter Hugo. **O paraíso são os outros**, 2ª Edição. Editora Biblioteca Azul, 2018. Pág. 57.

[30] Música Sintaxe à Vontade, O Teatro Mágico.

Pimenta, Luciana. **Heranças**. Editora Letramento, 2016. Pág. 41.

Evaristo, Conceição**. Insubmissas lágrimas de mulheres**, 2ª Edição. Editora Male, 2016. Pág. 08.

Música Sintaxe à Vontade, **O Teatro Mágico**.

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUA CONVALIDAÇÃO POR MEIO DO PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 5º DA RESOLUÇÃO 2232/19 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Raphael Furtado Carminate[31]
Jaqueline Souza Gomes de Oliveira[32]

RESUMO

Este trabalho trata sobre a violência obstétrica e sua convalidação por meio do parágrafo 2° do artigo 5° da resolução 2232/19 do Conselho Federal de Medicina. A metodologia utilizada para esta pesquisa é a revisão de literatura, por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Tem-se por objetivo debater se o parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução 2.232 do CFM viola a autonomia privada da mulher, ferindo seus direitos sexuais e reprodutivos. Em seguida, será abordado o direito à saúde sob a perspectiva da construção da ideia da saúde como direito inerente a todo cidadão e também, a conquista do o direito da mulher à saúde. Discutir-se-á logo após, a violência obstétrica sob o prisma da legislação brasileira, assim também como o tratamento legal dado ao assunto em outros países como Argentina, Venezuela e México. Por fim, será traçada uma análise do parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução 2.232 do CFM, a fim de demonstrar que este dispositivo viola a autonomia privada da mulher, fere seus direitos sexuais e reprodutivos na medida em que nega à gestante o direito de se recusar a receber determinado tratamento obstétrico, apoiando-se na ideia de prioridade da vida do feto, na medida que a mulher não pode se colocar em primeiro plano, sendo seu ato de vontade considerado como abuso de direito. Tal análise leva ao entendimento de que o dispositivo supracitado corrobora por legitimar a violência obstétrica.

Palavras-chave: Violência Obstétrica. Direito das Mulheres. Autonomia Privada. Gestante. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

[31] Doutor e mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Professor de Direito Civil da UNIPAC Itabirito e Mariana. Coordenador e Professor da Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil da UNIPAC Itabirito.
[32] Bacharel em Direito pela UNIPAC Itabirito/MG, Pós-graduanda em Direito Civil e Direito Processual Civil pela UNIPAC Itabirito/MG.

This study talks about the obstetric violence and its legitimization by means of the 2nd paragraph of the 5th article of the resolution 2.232/19 from the Federal Council of Medicine. The methodology used for this research is the revision of the literature, by bibliographic and documental research. It has as a goal to debate if the 2nd paragraph of the 5th article of the resolution 2.232 from CFM (acronyms from Federal Council of Medicine) violates the private autonomy of women, harming their sexual and reproductive rights. Next, it will be discussed the right to healthcare under the perspective of the construction of the idea of healthcare as an innate right to all citizen and also, the achievement of women's right to healthcare. It shall be discussed, right after, the obstetric violence under the Brazilian's legislation's perspective, as also as the legal treatment give to this matter in other countries, such as Argentina, Venezuela and Mexico. In conclusion it will be traced an analyzes of the 2nd paragraph of the 5th article of the resolution 2.232 from (CFM) in order to demonstrate that this legal provision violates the private autonomy of the women, it harms their sexual and reproductive rights insofar as it denies the pregnant women the right to refuse receiving certain obstetric treatment, laying on the idea of the priority of the life of the fetus, insofar as the women's lives can't come first, being their will considered an abuse of right. Such analyzes takes us to the understanding that the supra mentioned legal provision corroborates to legitimize the obstetric violence.

Keywords: Obstetric Violence. Women's Rights. Private Autonomy. Pregnant. Dignity.

INTRODUÇÃO

Em que pese a conceituação de violência obstétrica ser muito recente, a prática deste abuso é demasiadamente arraigada à sociedade. Essa modalidade de violência se manifesta de inúmeras maneiras sendo que todas essas formas apontam para uma afronta à autonomia privada da mulher.

Esse tipo de violência, apesar de seu conceito estar ainda em construção, se caracteriza pelo desrespeito às mulheres, seus corpos e seus processos reprodutivos, negando a elas, a possibilidade de tomar decisões sobre o desenvolvimento do seu trabalho de parto e impondo um tratamento desumanizado com abuso de medicalização dentre outras práticas.

Devido ao fato de o ordenamento jurídico brasileiro não possuir norma específica que tutele a mulher gestante no que tange à violência obstétrica, o Conselho Federal de Medicina

(CFM) promulgou a Resolução 2.232/19 em 16 de setembro de 2019, com o objetivo de nortear e estabelecer normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

Vale ressaltar que a resolução supracitada teve como principal objetivo regulamentar a recusa terapêutica de forma geral, ou seja, por parte dos pacientes de maneira ampla.

Ocorre que o artigo 5º, parágrafo 2º da referida resolução, dispõe sobre a vedação da recusa terapêutica por parte da gestante, demonstrando que nesse caso, a recusa deveria ser analisada sob a perspectiva do binômio mãe/feto e, o ato de vontade da mãe poderia caracterizar abuso de direito relacionado ao feto.

O presente trabalho tem por objetivo analisar se o parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução 2.232 do CFM viola a autonomia privada da mulher, ferindo seus direitos sexuais e reprodutivos, convalidando a violência obstétrica.

Com esta finalidade, parte-se da hipótese que o parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução 2.232/19 do CFM viola a autonomia privada da mulher, na medida que fere o artigo 5º da Constituição Federal, inciso II, que assegura que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e inciso X, que trata sobre serem "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". Desrespeita também o artigo 15 do Código Civil brasileiro, o qual garante que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica", e, não leva em consideração seus direitos sexuais e reprodutivos.

Desta forma, para viabilizar o teste da hipótese, supramencionada, a metodologia utilizada para esta pesquisa será revisão de literatura, por meio de pesquisa bibliográfica e documental.

Para que o tema seja exposto de forma a possibilitar uma maior clareza de entendimento no que se refere ao problema, em primeiro plano será apresentada uma contextualização sobre a violência obstétrica, iniciando pela história do parto e abordando algumas espécies desta violência.

Nesta perspectiva, será tratado o direito à saúde sob o prisma da construção da ideia da saúde como direito inerente a todo cidadão e também, a conquista do direito da mulher à saúde.

Posteriormente, seguem breves considerações sobre a autonomia privada, discussões acerca da autonomia corporal e saúde, além de argumentações sobre a autonomia da mulher na contemporaneidade.

Em seguida, discutir-se-á a violência obstétrica sob o enfoque da legislação brasileira, assim também como o tratamento legal dado ao assunto em outros países como Argentina, Venezuela e México.

Por fim, será traçada uma análise do parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução 2.232/19 do CFM, com o propósito de analisar se este dispositivo viola a autonomia privada da mulher, se fere seus direitos sexuais e reprodutivos convalidando a violência obstétrica. Portanto, o presente trabalho pretende fomentar o debate sobre o assunto, por considerar de primordial importância para a superação deste problema, ou seja, se o parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução 2.232/19 do CFM viola a autonomia privada da mulher.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

1.1. A evolução do parto

Desde as mais remotas épocas, tanto o Direito quanto a sociedade vêm passando por constante evolução que implica em desenvolvimento contínuo. Assim como o Direito sofreu e sofre influências da sociedade que vive em constante movimento e avanço, não foi diferente com o parto, que também passou por incontáveis alterações com o decorrer dos anos.

Dentre essas modificações, contam-se a inversão do seu protagonismo, a perda do status de um momento íntimo para um acontecimento cultural, passou a ser realizado em hospitais e não mais em ambiente doméstico. Antes, orientado por mulheres parteiras e agora por médicos, em sua maioria homens (PONTES *et al*., 2014). Essas modificações tiveram como causas o advento da tecnologia, a institucionalização do parto, a evolução da indústria e do comércio farmacêutico e, também da medicina. A reunião de todos esses fatores deu um caráter mecânico e banal à parturição (SEIBERT *et al*., 2005).

Essas mudanças pelas quais passou o parto, com intervenções que muitas vezes causam danos físicos e psicológicos às mulheres, resultaram em várias consequências, sendo a mais grave e danosa delas, a perda da autonomia sofrida pela mulher. A razão pela qual se deu essa perda de autonomia está alicerçada principalmente no progresso da medicina, que tomou conta do processo do parto, se apropriou do corpo da mulher, transformando-a em um mero objeto, usurpando dela o papel de protagonista no nascimento (MUNIZ; BARBOSA, 2012).

O parto, que anteriormente era tido como um momento especial e íntimo, reservado à

família, deu lugar a um evento rotineiro, dentro do cotidiano dos hospitais. Neste cenário, os anseios da mãe são desconsiderados, sobrelevam-se as práticas intervencionistas como arquétipo de cuidados, geralmente capitaneadas por homens, que nem sempre são capazes de entender o parto em sua essência (PONTES *et al*., 2014).

Antigamente, fazia parte dos costumes a realização do parto por mulheres conhecidas como parteiras ou aparadeiras.

> Tradicionalmente, os partos e seus cuidados eram realizados por mulheres conhecidas popularmente como aparadeiras, comadres ou mesmo de parteiras-leigas. Estas detinham um saber empírico e assistiam domiciliarmente as mulheres durante a gestação, parto e puerpério (como também nos cuidados com o recém-nascido). Estas mulheres eram de inteira confiança do mulherio e eram consultadas sobre temas vários, como cuidados com o corpo, doenças venéreas, praticavam o aborto ou mesmo colaboravam com o infanticídio (BRENES, 1991, p. 135).

Os partos que eram realizados em casa, muitas vezes sob o apoio de familiares, num ambiente acolhedor, aos cuidados de outras mulheres, as parteiras ou aparadeiras, portanto era um evento exclusivamente feminino.

Neste mesmo sentido, é o posicionamento do Ministério da Saúde:

> O nascimento é historicamente um evento natural. Como é indiscutivelmente um fenômeno mobilizador, mesmo as primeiras civilizações agregaram, a este acontecimento, inúmeros significados culturais que através de gerações sofreram transformações, e ainda comemoram o nascimento como um dos fatos marcantes da vida (BRASIL, 2001, p. 17).

Com o passar do tempo, é possível notar que o nascimento perdeu o status de um acontecimento natural, íntimo e familiar, com raras intervenções médicas e passou a ser objeto de controle por parte do Estado e da igreja que visavam garantir a redução do aborto e de infanticídios, além de garantir que as parteiras professassem a fé católica (PONTES *et al*., 2014).

> A partir do século XVI, essa tradição começa a sofrer regulamentações, governamentais ou da igreja, submetendo as parteiras das cidades europeias a exames prestados diante de comissões municipais ou eclesiásticas. O ponto fundamental dessa regulação relaciona-se à garantia do estado emergente e da igreja de que não seriam realizados abortos e infanticídios. Exigia-se da parteira examinada pelas comissões a profissão da fé cristã, o saber batizar o recém-nato moribundo, e moral e reputação ilibadas (GIFFIN; COSTA, 1999, p. 69).

Daí em diante, verifica-se cada vez maior o interesse da medicina pelo tema, o que proporcionou o desenvolvimento de procedimentos tais como cirurgias, uso de anestesias e a

noção de assepsia, com a finalidade de garantir maior segurança dentro dos hospitais, frente a precariedade de condições da época (GIFFIN; COSTA, 1999).

No Brasil, o cenário do nascimento permaneceu desta maneira, com uma formação essencialmente feminina, até a chegada da Corte Portuguesa, em 1808, quando começaram a ser implantadas as escolas de medicina (BRENES, 1991).

Desde então, o nascimento passou a sofrer interferências cada vez mais intensas por parte da medicina, de modo que atualmente, pode-se dizer que é quem dita as regaras de todo o processo.

> Cada vez mais presentes ao lado das parturientes, os médicos tornaram-se especialistas não só do parto, mas também da gravidez, do puerpério, da saúde e das doenças dos recém-nascidos, associando a experiência aos conhecimentos científicos produzidos nas principais faculdades de medicina europeias; assim, formou-se um novo especialista no século XIX: o obstetra (MARTINS, 2004, p. 78).

Assim, com o passar do tempo, com a profissionalização do parto, o advento da tecnologia, o aumento da medicalização, com o excesso de intervenções, relegou-se a segundo plano o aspecto humano do processo do nascimento.

O parto que era um acontecimento íntimo, um fenômeno anímico, com início e prosseguimento ditados pelo corpo feminino, deu lugar a um evento cirúrgico, dentro de uma sala fria, cheia de pessoas desconhecidas.

É óbvio que esse avanço trouxe benefícios. Segundo a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), entre 1990 e 2015, a mortalidade materna no mundo caiu cerca de 44% (BRASIL, 2018), e essa conquista se deve ao aperfeiçoamento das técnicas, dos medicamentos, da medicina de forma geral, o cerne principal é o excesso do uso de técnicas de forma indiscriminada, de medicalização etc.

Desde então, o Direito tem voltado os olhos para a questão do nascimento, principalmente no que tange ao protagonismo da mulher na hora do parto, entendendo que é ela quem deve tomar as decisões importantes. Para que isso ocorra, é necessário uma relação de confiança entre ela e o médico, construída por meio de diálogo que possibilite que a mulher consiga fazer a melhor escolha, compreendendo que os bens maiores ali são o seu corpo e a sua saúde (BARBOSA; LEAL; ALMEIDA, 2020).

1.2. Caracterização da violência obstétrica

Para iniciar a abordagem sobre o tema, necessário se faz traçar alguns esclarecimentos acerca do conceito de violência. A violência é definida pelo Relatório Mundial que trata sobre violência e saúde, estruturado pela Organização Mundial de Saúde - OMS, da seguinte forma:

> [...] o uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (KRUG *et al*., 2002, p. 05).

No entendimento de Marilena Chauí (1998, *online*), delimita-se violência como:

> […] um ato de brutalidade, sevícia e abuso físico e/ou psíquico contra alguém e caracteriza relações intersubjetivas e sociais definidas pela opressão, pela intimidação, pelo medo e pelo terror. A violência se opõe à ética porque trata seres racionais e sensíveis, dotados de linguagem e de liberdade como se fossem coisas, isto é, irracionais, insensíveis, mudos, inertes ou passivos.

Isso posto, fica evidente que o conceito de violência abarca também a ideia de violência obstétrica, que se exterioriza por meio da demonstração de poder, com ameaças, intimidações, negligências e omissões, por parte dos profissionais de saúde.

> A violência obstétrica existe e caracteriza-se pela apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2013, s/p).

Neste contexto, cabe ressaltar que esta apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais da saúde, que gera sua objetificação se dá em duplo aspecto. Isso porque os médicos, além de assumir o lugar de destaque no momento do parto, se utilizam de sua posição de detentores do saber específico também para fazer o mesmo com relação ao resultado final do parto, qual seja, o bebê. Desconsiderando completamente quem deveria estar no centro de todo o processo, e que está sendo tratada como um mero corpo reprodutor, a mãe (AGUIAR, 2010).

Ademais, historicamente a mulher sempre foi objetificada, subjugada. Antes de casar pertencia ao pai, depois ao marido a quem devia obediência e servidão. Para quem serviria como um meio de lhe garantir a continuidade do nome, da estirpe e nada mais (SIERAKOWSKI *et al*., 2020).

À medida em que acontece o avanço da medicina, ocorre a perda do espaço da mulher como protagonista na cena do parto, tanto parindo quanto amparando a parturição. A mãe

perde a autonomia do próprio corpo durante o período que compreende a gravidez e durante o parto assumindo de vez o papel de simples invólucro do filho de seu senhor, mera parideira. E as parteiras, perseguidas, desqualificadas, pois seus conhecimentos eram empíricos, perderam lugar para os médicos, uma vez que esse ambiente foi sendo ocupado por homens que podiam estudar (BRENES, 1991).

O sofrimento e a violência suportados pela mulher ao dar à luz, foi historicamente legitimado, sob o argumento de que tal padecimento se destinava a expurgar o pecado da concepção. Esse fato ratificava, de certa forma, a escolha pelo não alívio da dor, ao contrário, pelo aumento do sofrimento.

> Em muitos países, a influência religiosa sobre a assistência à saúde e a noção de que o sofrimento no parto é um castigo que a mulher deve suportar por ter tido relações sexuais, contribuem para uma cultura de negligência dos direitos e do bem-estar maternos, para o uso liberal de intervenções invasivas, para a ausência de privacidade e de medidas de conforto durante o trabalho de parto e, não raro, para a hostilidade e abusos explícitos, especialmente para as mulheres situadas na parte inferior das hierarquias sociais (DINIZ *et al*., 2014, p. 141).

Uma pesquisa realizada em 2010, pela Fundação Perseu Abramo e SESC, sobre mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado, mostrou que 25% (vinte e cinco por cento), ou seja, 1 (uma) a cada 4 (quatro) mulheres entrevistadas, passaram por algum tipo de violência durante a gestação, pré-parto, parto ou pós-parto. A pesquisa apontou como causadores dessas violações, os profissionais de saúde (VENTURI; BOKANY; DIAS, 2010 *apud* BRASIL, 2012).

O dossiê intitulado Parirás com dor, elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres, com fulcro em relatos de mulheres que sofreram algum tipo de desrespeito no período que compreende a gestação e o parto, destaca que a violência obstétrica não tem como agente causador somente o profissional da saúde, e sim que são múltiplas as origens, apontando como atos caracterizadores deste tipo violência:

> [...] todos aqueles praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e privadas, bem como civis [...] (BRASIL, 2012, p. 60).

Nesta linde, o dossiê supramencionado demonstra que os atos caracterizadores de violência podem se fundar em vieses diversos como: físico, psicológico, sexual, institucional, material e midiático, podendo um único fato se dar por mais de um ato, os quais seguem:

> **“Caráter físico:** ações que incidam sobre o corpo da mulher, que interfiram, causem dor ou dano físico (de grau leve a intenso), sem recomendação baseada em evidências científicas. Exemplos: privação de alimentos, interdição à movimentação da mulher, tricotomia (raspagem de pelos), manobra de Kristeller, uso rotineiro de ocitocina, cesariana eletiva sem indicação clínica, não utilização de analgesia quando tecnicamente indicada.
> **Caráter psicológico:** toda ação verbal ou comportamental que cause na mulher sentimentos de inferioridade, vulnerabilidade, abandono, instabilidade emocional, medo, acuação, insegurança, dissuação, ludibriamento, alienação, perda da integridade, dignidade e prestígio. Exemplos: ameaças, mentiras, chacotas, piadas, humilhações, grosserias, chantagens, ofensas, omissão de informações, informações prestadas em linguagem pouco acessível, desrespeito ou desconsideração de seus padrões culturais.
> **Caráter sexual:** toda ação imposta à mulher que viole sua intimidade ou pudor, incidindo sobre seu senso de integridade sexual e reprodutiva, podendo ter acesso ou não aos órgãos sexuais e partes íntimas do seu corpo. Exemplos: episiotomia, assédio, exames de toque invasivos, constantes ou agressivos, lavagem intestinal, cesariana sem consentimento informado, ruptura ou descolamento de membranas sem consentimento informado, imposição da posição supina para dar à luz, exames repetitivos dos mamilos sem esclarecimento e sem consentimento.
> **Caráter institucional:** ações ou formas de organização que dificultem, retardem ou impeçam o acesso da mulher aos seus direitos constituídos, sejam estas ações ou serviços, de natureza pública ou privada. Exemplos: impedimento do acesso aos serviços de atendimento à saúde, impedimento à amamentação, omissão ou violação dos direitos da mulher durante seu período de gestação, parto e puerpério, falta de fiscalização das agências reguladoras e demais órgãos competentes, protocolos institucionais que impeçam ou contrariem as normas vigentes.
> **Caráter material:** ações e condutas ativas e passivas com o fim de obter recursos financeiros de mulheres em processos reprodutivos, violando seus direitos já garantidos por lei, em benefício de pessoa física ou jurídica. Exemplos: cobranças indevidas por planos e profissionais de saúde, indução à contratação de plano de saúde na modalidade privativa, sob argumentação de ser a única alternativa que viabilize o acompanhante.
> **Caráter midiático:** são as ações praticadas por profissionais através de meios de comunicação, dirigidas a violar psicologicamente mulheres em processos reprodutivos, bem como denegrir seus direitos mediante mensagens, imagens ou outros signos difundidos publicamente; apologia às práticas cientificamente contra-indicadas, com fins sociais, econômicos ou de dominação. Exemplos: apologia à cirurgia cesariana por motivos vulgarizados e sem indicação científica, ridicularização do parto normal, merchandising de fórmulas de substituição em detrimento ao aleitamento materno, incentivo ao desmame precoce” (BRASIL, 2012, p. 60-61, grifos do autor).

Vale lembrar ainda, do caráter da violência obstétrica tratado como violência despersonalizante, que se refere ao tratamento da gestante/parturiente de forma padronizada, que dispensa a todas as mulheres o mesmo tratamento, sem se ater às minúcias do caso, generalizando e, portanto, desumanizando o procedimento (RATTNER, 2009).

> Essa visão desumanizada e mecanizada tem sido adotada acriticamente na academia, e os profissionais a incorporam ainda durante a sua formação, uma vez que um dos mais tradicionais livros-texto de obstetrícia utiliza a metáfora “motor-objeto-trajeto” para explicar os mecanismos do parto: o útero seria o motor, o feto seria o objeto e o canal vaginal se constituiria em trajeto [...] (RATTNER, 2009, p. 597).

Esta simbologia que compara o útero ao motor, evidencia bem a questão da padronização de tratamento remetendo inclusive, à ideia do fordismo, de produção em série, onde aspectos individuais são desconsiderados em nome de um protocolo, se estendendo às pacientes que também recebem o mesmo "pacote" de tratamento, desconsiderando seus medos, anseios, dúvidas e até mesmo o nível de conhecimento sobre o próprio caso, até mesmo sobre o próprio corpo, ou seja, desconsidera-se a individualidade, a personalidade, por isso o nome violência despersonalizante.

1.2.1 Algumas formas de violência

1.2.1.1 A episiotomia

A episiotomia consiste em um tipo de cirurgia, um corte realizado durante o parto vaginal, na região do períneo. Salienta-se que este procedimento é realizado algumas vezes sem a ministração de anestésico e não tem respaldo científico.

> A episiotomia, ou "pique", é uma cirurgia realizada na vulva, cortando a entrada da vagina com uma tesoura ou bisturi, algumas vezes sem anestesia. Afeta diversas estruturas do períneo, como músculos, vasos sanguíneos e tendões, que são responsáveis pela sustentação de alguns órgãos, pela continência urinária e fecal e ainda têm ligações importantes com o clitóris (BRASIL, 2012, p. 80).

Além disso, cabe ressaltar, que à mulher não é dispensado nenhum tipo de informação relacionada ao procedimento, sendo que muitas vezes, ela nem sequer consente na realização desta cirurgia, contrariando os preceitos da medicina que se baseiam em evidências. Ademais, esta prática não é inserida nos registros ou prontuários hospitalares, o que de certa forma a caracteriza como parte do parto normal (BRASIL, 2012).

E como se não bastasse, durante a realização da episiorrafia (sutura da episiotomia), que em muitos casos, também acontece sem o uso de anestesia, o profissional da obstetrícia num contínuo desrespeito a dor, ao medo e a autonomia privada da mulher sobre o próprio corpo, realiza o "ponto do marido". Esta aberração tem a finalidade de deixar a vagina bem apertada para "preservar" o prazer masculino nas relações sexuais, depois do parto (BRASIL, 2012).

Os procedimentos acima descritos não são fatos ocorridos no século passado, são

procedimentos que acontecem todos os dias dentro dos hospitais, impondo dor e sofrimento à muitas mulheres. Esse padecimento pode ser comparado a uma verdadeira tortura, uma vez que, na maioria dos casos não são aplicados nenhum tipo de medicamento para, pelo menos, minimizar a dor, não se tem sequer, o consentimento da parturiente que acaba sofrendo uma mutilação genital sem saber o que está acontecendo.

Esta é uma prática desumana, cortar períneos sem anestesia e sem consentimento é a pior forma de violência obstétrica.

1.2.1.2 Manobra de kristeller

Esta manobra consiste em utilizar a força ou o peso do corpo do profissional de saúde no sentido de empurrar a barriga da mulher em direção a pelve, com o objetivo de facilitar a saída do bebê. Procedimento este, que devido à forte compressão abdominal, pode causar trauma das vísceras abdominais, trauma do útero, e descolamento da placenta. Apesar disso, essa técnica continua sendo largamente utilizada, com o agravante de não ser registrada nos prontuários médicos (BRASIL, 2012).

> A manobra de kristeller é reconhecidamente danosa à saúde e, ao mesmo tempo, ineficaz, causando à parturiente o desconforto da dor provocada e também o trauma que se seguirá indefinidamente (REIS; PEPE; CAETANO 2005 *apud* BRASIL, 2012, p. 105).

De acordo com dados da pesquisa "Nascer no Brasil: Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento", coordenada pela Fundação Oswaldo Cruz, que coletou dados entre fevereiro de 2011 e outubro de 2012 em maternidades públicas, privadas e mistas (maternidades privadas conveniadas ao SUS), e incluiu hospitais de médio e grande porte localizados em 191 municípios, contemplando as capitais e também cidades do interior de todos os estados do Brasil, 37,3% das mulheres passam por esse tipo de violação (LEAL, 2014), que caracteriza-se por violência obstétrica de caráter físico e psicológico, cujo trauma suportado pela mãe será de difícil reparação, além dos riscos, tanto para a mãe quanto para o bebê.

1.2.1.3 Cesarianas eletivas

Dá-se o nome de cesárea eletiva à cirurgia agendada sem evidências de necessidade ou àquela realizada quando a mulher já está em trabalho de parto, mas sem caráter emergencial

(BRASIL, 2012).

Segundo a pesquisa “Nascer no Brasil”, quase 70% das mulheres brasileiras, no início da gravidez deseja um parto vaginal, mas por não serem estimuladas durante o período gestacional, esse desejo não se concretiza no final da gestação (BRASIL, 2012).

A taxa recomendada pela OMS para realização de cesárias é entre 10% e 15%, mas segundo a própria OMS, não há evidências de que taxas de cesárea maiores de 10% em uma determinada população possa contribuir para reduzir os índices de mortalidade do binômio mãe/filho, em que pese em solo brasileiro, essa advertência ser totalmente desconsiderada (OMS, s/d).

Apesar desta ser uma recomendação da Organização Mundial da Saúde (OMS),

> No Brasil, entretanto, a ordem natural está invertida. Em 2016, o Sistema Único de Saúde (SUS) realizou 2.400.000 partos, destes, 1.336.000 foram cesáreas. Segundo a OMS, o País detém a segunda maior taxa de cesáreas do planeta com 55%, perdendo apenas para a República Dominicana, onde a taxa é de 56% (FEBRASGO, 2018, *online*).

Diante desses números, estudiosos demonstram que grande percentual dessas cirurgias realizadas no Brasil não possuem respaldo na literatura científica e que inclusive são realizadas antes de se completar 39 semanas de gestação, o que coloca em risco a saúde do bebê (BRASIL, 2012).

> Estudos demonstraram que os benefícios conferidos ao feto pela cesariana são pequenos. Além do procedimento se associar a maiores taxas de mortalidade materna, aproximadamente quatro a cinco vezes maiores que o parto vaginal, encontra-se associado ao aumento da morbidade e mortalidade perinatal. A morbidade materna relacionada à cesariana é representada por aumento do risco de nova cesariana, de placenta prévia e placenta acreta em gestação seguinte e de histerectomia por cesarianas repetidas. Para o concepto, particularmente nas cesáreas eletivas, há aumento do risco de morbidade perinatal, sobretudo de admissão na unidade de terapia intensiva neonatal e síndrome da angústia respiratória do recém-nascido, que podem ser reduzidas se a cesariana eletiva for realizada acima da 39ª semana de gravidez (SOUZA; AMORIM; PORTO, 2010 *apud* BRASIL, 2012, p. 112).

Desta feita, há de se ressaltar o procedimento abusivo e antiético por parte do médico, principalmente do setor privado, que realiza o agendamento da cirurgia para uma data mais conveniente para ele, sem considerar os riscos aos quais um bebê prematuro é submetido (BRASIL, 2012).

> O estudo indica que existe uma alta proporção de cesáreas eletivas sendo realizadas antes das 39 semanas. E que pode ser atribuída a uma série de fatores, incluindo o

> desejo da mulher em retirar o bebê assim que atingisse o tempo de ser considerado "a termo" e o desejo do obstetra em agendar a cirurgia à sua própria conveniência. Esses nascimentos foram associados com um aumentos evitáveis de mortalidade neonatal e internação em UTI, que demanda um alto custo financeiro (TITA *et al*., 2009 *apud* BRASIL, 2012, p. 112).

Nota-se, portanto, que estas cirurgias são realizadas sem se considerar os fatores de risco tanto para mãe quanto para o bebê. Se por um lado, a cesariana ajuda a salvar a vida de muitas mulheres que não teriam possibilidade de terem um parto vaginal, ou quando se deparam com algum problema como descolamento prematuro de placenta, por exemplo, por outro lado, há que se considerar os inúmeros riscos aos quais são submetidos tanto a mãe, como hemorragias, embolia pulmonar, trombose, além do risco de morte materna ser 3,6 vezes maior do que no parto normal, quanto para o bebê, onde a cesariana pode causar distúrbios respiratórios, retenção de fluidos nos pulmões, e se a cirurgia ocorrer antes das 37/38 semanas de gestação, aumenta em 120 vezes o risco de desconforto respiratório (BARBARA, 2019).

1.2.1.4 Restrição de posição para o parto

A OMS desenvolveu em 1996, uma espécie de manual, contendo uma classificação de práticas comuns para realização de parto normal, com o objetivo de orientar o que deve e o que não deve ser feito no momento do parto. Este manual intitulado "Boas Práticas de Atenção ao Parto e ao Nascimento", foi desenvolvido com base em pesquisas realizadas em todo mundo. Dentre as práticas demonstradamente úteis e que devem ser estimuladas, constantes da categoria A do referido documento encontram-se a liberdade de posição e movimento durante o trabalho de parto e o estímulo a posições não supinas durante o trabalho de parto. Na categoria B - práticas claramente prejudiciais ou ineficazes e que devem ser eliminadas, encontra-se o uso rotineiro de posição supina (decúbito dorsal) e o uso de rotina da posição de litotomia com ou sem estribos durante o trabalho de parto. As recomendações citadas, foram incluídas na cartilha "Parto, aborto e Puerpério, assistência humanizada à mulher", do Ministério da Saúde (BRASIL, 2012).

Apesar das recomendações da OMS, segundo a pesquisa "Nascer no Brasil", em 2012, 91,7% das mulheres que tiveram partos vaginais, foram obrigadas a ter seus filhos em posição litotômica (BARBARA, 2019). Essa posição além de prejudicar a dinâmica do parto, pois é desfavorecida pela lei da gravidade, é desconfortável para a mãe e prejudica a oxigenação do bebê (BRASIL, 2012), configurando portanto, violência obstétrica de caráter sexual, como

exposto anteriormente.

1.2.1.5 Lei do acompanhante e a COVID-19

A COVID-19 é uma doença infecciosa causada pelo novo coronavírus, identificado pela primeira vez em dezembro de 2019, em Wuhan, na China (OPAS, 2020), cujos sintomas podem variar de um simples resfriado até uma pneumonia grave. O vírus causador da doença denominado SARS-CoV-2, ou simplesmente coronavírus é transmitido de uma pessoa doente para outra por meio de aperto de mão, gotículas de saliva, tosse, espirro, ou seja, através do simples contato entre as pessoas. Pode também ser transmitido por contato indireto, com por exemplo, através do toque em superfícies ou objetos contaminados. Devido a essa facilidade de contágio, a doença se espalhou rapidamente, tomando proporções de uma pandemia mundial (BRASIL, s/d). Segundo um relatório da OPAS de 20 de novembro de 2020, o número de casos no mundo é alarmante: 56.623.643 casos confirmados e 1.355.963 mortes, sendo que esse número dividido por regiões é o seguinte: Região Africana 1.431.795 casos confirmados e 32.232 mortes; Região das Américas 24.035.426 casos confirmados e 690.020 mortes; Região Europeia 16.353.141 casos confirmados e 365.480 mortes; Região do Mediterrâneo Oriental 3.725.280 casos confirmados e 94.332 mortes; Região do Pacífico Ocidental 822.723 casos confirmados e 16.689 mortes; Região do Sudeste Asiático 10.254.537 casos confirmados e 157.197 mortes (OPAS, 2020).

Em âmbito nacional, o número de casos confirmados da doença, atualizados na mesma data, chegam ao assustador número de 6.020.164 casos e o número de óbitos confirmados batem a marca de 168.613 pessoas mortas por COVID no Brasil (BRASIL, s/d).

Em face deste momento pandêmico, inúmeras mulheres estão tendo seus direitos contingenciados, principalmente no tocante ao direito de ter um acompanhante, garantido pela Lei nº 11.108/2005, conhecida como Lei do Acompanhante, que garante à gestante o direito de ser acompanhada por uma pessoa de sua escolha durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto. Esse direito está sendo relativizado, minorado sob o argumento de se evitar aglomeração de pessoas em razão do COVID-19. As instituições de saúde alegam escassez de material e de profissionais e que devido a esse fato, não seria seguro a presença do acompanhante (VASCONCELOS, 2020).

Com o reconhecimento do estado de calamidade pública em 20/03/2020, teve início uma espécie de “relativização geral” que atingiu inclusive os hospitais e maternidades. Ocorre

que a relativização proposta pelo decreto lei nº 6/2020, se direciona a fins fiscais, ou seja, é um instrumento que possibilita o relaxamento no âmbito fiscal, diante do momento devastador provocado por esta pandemia a nível mundial. Desta forma, esta relativização fiscal não deve e não pode se estender por sobre os direitos e garantias fundamentais, violando direitos que as mulheres conquistaram com enorme esforço (NASCER DIREITO, 2020).

Neste sentido, a OMS divulgou orientações direcionadas à assistência ao parto, no período da pandemia, cujas tratativas constam:

> Todas as mulheres grávidas, incluindo aquelas com infecção confirmada ou suspeita por COVID-19, têm direito a cuidados de alta qualidade antes, durante e após o parto. Isso inclui cuidados de saúde pré-natal, ao recém-nascido, pós-natal e de saúde mental. Uma experiência de parto segura e positiva inclui:
> Ser tratada com respeito e dignidade;
> Ter um acompanhante da sua escolha presente durante o parto; Comunicação clara por parte da equipe de cuidados de saúde materna;
> Estratégias apropriadas de alívio da dor;
> Mobilidade no trabalho de parto sempre que possível, e escolha da posição para a expulsão.
> Se houver suspeita ou confirmação de COVID-19, os profissionais de saúde devem tomar as devidas precauções para reduzir os riscos de infeção para si e para outras pessoas, incluindo o uso adequado de roupas de proteção (NASCER DIREITO, 2020, *online*).

Nesta mesma direção, caminha a Lei 13.979/2020, que trata de medidas para enfrentamento de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, que no inciso III, do parágrafo 2º, do artigo 3º, assegura "o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o terceiro artigo do Regulamento Sanitário Internacional […]" (NASCER DIREITO, 2020, *online*).

Na busca por garantir seus direitos, uma gestante litigou contra um hospital público do Paraná, a fim de salvaguardar o direito de ser acompanhada pelo pai do bebê durante o parto. A decisão que foi favorável à autora, teve como alicerce o argumento de que a restrição imposta pelo hospital, infringe os direitos da mulher "sem que haja respaldo das autoridades públicas e sanitárias para tanto" (BRASIL, 2020, *online*).

Depreende-se desse fato que, ainda hoje, um direito disposto em lei ainda precisa ser subscrito pelo judiciário.

2. DIREITO À SAÚDE

Hodiernamente, o conceito de saúde aplicado é a definição dada pela OMS, encontrado no preâmbulo de sua constituição, que qualifica saúde não só como ausência de doença, mas sim como um estado de completo bem-estar físico, mental e social (OMS, 1946).

Neste mesmo sentido, ensina Fernando Aith (2007, p. 46) que:

> [...] as concepções de saúde também são elaboradas através de uma relação direta entre o indivíduo e o social. A saúde era concebida, às vezes, como uma simples 'ausência de doença', outras vezes como 'uma reserva corporal', ou, ainda, como 'um fundo de saúde' inato e que permite ao organismo resistir contra todas as agressões feitas pelo corpo social. Também podemos encontrar concepções da saúde como 'equilíbrio' que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social. O equilíbrio se encarna na plenitude física e psíquica, no sentimento de autossatisfação e de harmonia com os outros. Essas diferentes concepções de saúde constituíam entidades fluidas, podendo coexistir, e aptas a dar conta das diferentes facetas da experiência das pessoas, mas o 'equilíbrio' apresentou-se como uma concepção positiva da saúde, tendo sido adotada tal concepção pela Organização Mundial de Saúde – OMS.

Além desse aspecto, deve-se considerar também o viés dinâmico da saúde, que pode modificar de acordo com a idade, com as circunstâncias, com as vivências individuais, não estando dessa forma, a saúde atada a um protótipo, de acordo com o entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p. 71):

> Isso porque, no dinamismo inerente à saúde – que recebe influências do meio, mas é fruto, principalmente de aspirações pessoais -, cada um constrói um modelo individual de saúde que persegue no decorrer da vida. Este modelo também pode não ser o mesmo durante toda a existência, pois ele pode mudar de acordo com as novas experiências que a pessoa vai agregando, e segundo mudanças da sua personalidade, de sua realidade pessoal e familiar.

Neste sentido, já se começa a perceber a necessidade de edificar um novo conceito de saúde que abarque uma maior noção de autonomia corporal, de acordo com o exposto acima.

2.1 A construção da ideia da saúde como direito do cidadão

Em âmbito nacional, a primeira Constituição que tutelou a saúde como direito básico foi a de 1934, depois, somente na Carta Magna atual o tema foi tratado de maneira pormenorizada e de forma garantista (TEIXEIRA, 2010). O objetivo do Estado no que refere à saúde atualmente, é assegurar o acesso amplo e de qualidade a todos.

Apesar de medidas sanitárias tomadas no Brasil colônia, principalmente após a vinda

da família real, foi apenas com a Constituição de 1934 que a saúde passou a ser reconhecida constitucionalmente como dever do Estado, que promoveu a ampliação dos direitos individuais e políticos atribuindo competência concorrente à União e aos Estados com relação à saúde e a assistência pública. Nesse sentido, versava a Carta Constitucional de 1934:

> Art 10. Compete concorrentemente á União e aos Estados:
> [...]
> II - cuidar da saúde e assistência públicas;
> [...]
> Art 121. A lei promoverá o amparo da producção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a protecção social do trabalhador e os interesses economicos do paiz.
> § 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem melhorar as condições do trabalhador:
> [...]
> h) assistencia medica e sanitaria ao trabalhador e á gestante, assegurado a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuizo do salário e do emprego, e instituição de previdencia, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de accidentes
> de trabalho ou de morte; [...] (BRASIL, 1934, *online*).

Neste prospecto, cabe salientar que essas normas refletiam o momento político da época, ou seja, o estado social, que valorizava a concepção de cidadão como trabalhador, assim, era reconhecido como sujeito de direitos aquele que trabalhava.

Após as barbáries das duas grandes guerras mundiais na primeira metade do século XX e o período de pós-guerra, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) (Paris, 1948) veio com o intuito de defender tanto a coletividade, quanto a individualidade, reconhecendo a "saúde como direito inalienável de toda e qualquer pessoa e como um valor social a ser perseguido por toda a humanidade" (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948, s/p).

Em que pese o direito à saúde não ter um artigo específico no ordenamento em epígrafe, esse direito foi declarado, e tornou-se explícito no artigo 25 da DUDH, que dispõe que "toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários [...]" (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948, s/p).

Com o advento da Constituição de 1988 a saúde recebeu o status de direito social, garantido em seu artigo 6º, que segue: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados" (BRASIL, 1988, *online*, grifo nosso).

Até então, o Estado só garantia o direito à saúde pública para o trabalhador que tivesse carteira assinada e estivesse em dia com a Previdência Social. Daí a necessidade de ressaltar-se o importante papel da Carta Magna de 1988, que busca garantir o acesso à saúde a todos os cidadãos.

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, *online*).

Nesta perspectiva, surge em 1988 o Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Constituição Cidadã de 1988, e em 1990 o Congresso Nacional aprova a Lei Orgânica da Saúde que trata do seu funcionamento. A criação do SUS foi o marco que garantiu o acesso à saúde a todos os cidadãos independente das questões trabalhistas (TEIXEIRA, 2010).

A Lei n.º 8080, de 19 de setembro de 1990, ao dispor sobre "as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes", estabelece:

> Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
> § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.
> Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013)
> Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (BRASIL, 1990, *online*).

Para além, a lei supracitada estabelece ainda em seus artigos 5º e 6º os objetivos e o campo de atuação de mencionado Sistema:

> Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:
> I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
> II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

> III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.
> Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
> I - a execução de ações:
> a) de vigilância sanitária;
> b) de vigilância epidemiológica;
> c) de saúde do trabalhador; e
> d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;
> II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;
> III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;
> IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;
> V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;
> VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;
> VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;
> VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;
> IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
> X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;
> XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados (BRASIL, 1990, *online*).

E desta maneira, a saúde veio sofrendo interferências com o decorrer do tempo, que influenciaram de forma considerável acerca desse direto, do seu próprio conceito e abriu espaço à necessidade de tutelar direitos que foram sendo concebidos à medida que os olhares foram alcançando outros níveis de entendimento.

Neste contexto, percebem-se vinculados os direitos à saúde, à vida e o princípio à dignidade da pessoa humana, de forma que um sem os outros restariam prejudicados em sua plenitude (CURY, 2005).

Diante disso, cabe ressaltar a importância das políticas públicas voltadas à saúde da mulher, com o escopo de lhe assegurar acesso aos serviços de promoção, prevenção, assistência e recuperação da sua saúde.

2.2 O direito da mulher à saúde

O direito da mulher à saúde, é um debate que se inicia quando a mulher se percebe dona do próprio corpo. Como todos os direitos das mulheres, o direito à saúde é fruto de construção social que se deu com a luta feminista. Até pouco tempo atrás, a mulher era vista como propriedade do pai ou do marido, de onde se origina a objetificação que sofre ainda nos

dias atuais. Apesar de atualmente a mulher ter conquistado vários direitos, ainda existem outros tantos pelos quais continuar lutando.

A luta feminista iniciada oficialmente nos idos de 1791[33], corroborou para quebrar que os grilhões que a prendiam ao machismo patriarcal herdado dos velhos detentores do poder, e foi justamente esse rompimento que possibilitou que a demanda das mulheres pela sua autonomia fosse ouvida.

Os resquícios dessa sociedade patriarcal refletem até o momento atual, pois a mulher ainda é vista em muitos aspectos, como um ser inferior, como demonstra José Pinotti:

> A história mostra que a sociedade vê a mulher como cidadã de segunda classe, que tem uma série de deveres e obrigações, mas pouquíssimos direitos e quase nenhum apoio para realizar as tarefas que lhe são atribuídas. Espera-se que a mulher esteja sexualmente disponível, porém exige-se que engravide poucas vezes na sua vida e que não transmita doença ao seu parceiro durante as relações sexuais. Tudo sem entregar à mulher nem as informações nem as ferramentas mínimas para que possa cumprir o que a sociedade impõe-lhe como seu dever. Espera-se, ainda, que a mulher seja a perpetuadora da espécie: que dê filhos para seu esposo, à sua família, à sociedade. Tem que administrar e suportar, na maior parte das vezes, sozinha, os incômodos da gravidez e a dor e trauma do parto, para ter um bebê sadio. A assistência psíquica, social e médica que se dá à mulher nesse período não corresponde à importância da tarefa que a família, a sociedade e a espécie lhe impõem.
> Deverá ainda amamentar seu filho, trocá-lo, cuidá-lo, protegê-lo, dar apoio emocional e afetivo, preparar seus alimentos, alimentá-lo, educá-lo, discipliná-lo, etc. Consciente ou inconscientemente, a sociedade não só espera que ela cumpra com todas essas funções sociais com seus próprios recursos, como a culpa se o resultado desse esforço não é satisfatório (PINOTTI, 2004, p. 11).

A luta da mulher desde o final do século XIX para garantir minimamente seus direitos, refletiu de maneira decisiva na forma como ela é vista atualmente pela coletividade e tanto o lugar que ocupa, quanto o papel que exerce socialmente, tiveram enormes consequências também na área da saúde. Essas consequências podem ser elencadas como criação e melhoria de programas de saúde pública relacionados à saúde reprodutiva da mulher, de acordo com diretrizes internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) (FONSECA, 1999).

Segundo a OMS (2014, s/p):

> Todas as mulheres têm direito ao mais alto padrão de saúde atingível, incluindo o direito a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gravidez e o parto, assim

[33] Oficialmente, o feminismo tem seu início com a Declaração dos Direitos da mulher e da Cidadã, em setembro de 1791, na França. Este documento foi proposto à Assembleia Nacional da França, durante Revolução Francesa (1789-1799) por Marie Gouze (1748-1793), que sob o codinome de Olympe de Gouges, lutou também contra a escravidão.

> como o direito de estar livre da violência e discriminação. Os abusos, os maus-tratos, a negligência e o desrespeito durante o parto equivalem a uma violação dos direitos humanos fundamentais das mulheres, como descrevem as normas e princípios de direitos humanos adotados internacionalmente. Em especial, as mulheres grávidas têm o direito de serem iguais em dignidade, de serem livres para procurar, receber e dar informações, de não sofrerem discriminações e de usufruírem do mais alto padrão de saúde física e mental, incluindo a saúde sexual e reprodutiva.

Em âmbito nacional, o movimento feminista influenciou de tal forma que, em 1983 foi criado o Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PAISM), que surge em um cenário de grande agitação social e política como um marco, para as questões que erigiram como necessidade de saúde da mulher (FONSECA, 1999).

Neste sentido, o movimento feminista também teve um papel importante no despertar da mulher para a questão da violência obstétrica a partir da criação de uma consciência autônoma permitindo a mulher perceber a violência que vivencia.

Em circunstâncias semelhantes, sob o influxo dos movimentos feministas, dez anos depois, em 1993, a conferência de Viena evidenciou os direitos das mulheres como direitos humanos. Esta concepção possibilitou a quebra de paradigmas no que tange a diferenças relacionadas a gênero, "hierarquia entre sexos e propõe a redefinição dos vínculos entre as pessoas na convivência familiar, comunitária e política" (FONSECA, 1999, p. 18).

Porém em 2003, foi identificado que o PAISM não mais atendia todas as exigências relacionadas à saúde da mulher e por isso, a Área Técnica de Saúde da Mulher, responsável por identificar a situação, aliada a outras áreas técnicas elaboraram a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM), que tinha a finalidade de atender as exigências onde o programa anterior havia falhado (FONSECA, 1999).

Entretanto, apesar dos esforços envidados pelas lutas feministas que culminaram na criação de programas de saúde e até transformaram, de certa forma, a visão de uma parcela da sociedade em relação à mulher, e sobretudo, mudou o modo como a própria mulher se enxergava, resultando em várias conquistas nos dias atuais em comparação a épocas mais antigas, ainda não são portadoras da efetividade necessária para garantir às mulheres a totalidade dos seus direitos. Exemplo de direito que ainda não é respeitado se mostra nas questões que se referem a autonomia corporal, principalmente da gestante, quando esta decide fazer a laqueadura e preenche todos os requisitos como idade mínima e quantidade de filhos, e, ainda necessita do aval do companheiro para o procedimento que será realizado no seu corpo.

3 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AUTONOMIA PRIVADA

A ideia de autonomia privada ganha força com o rompimento do feudalismo e se desenvolve junto com o capitalismo, apesar de serem dois fenômenos históricos independentes. É no princípio liberal da propriedade e da valorização do indivíduo que a autonomia de vontade é legitimada (FERNANDES, 2020).

Etimologicamente a palavra autonomia se origina da junção das expressões gregas *autos* (próprio) e *nomos* (norma, regra), e significa capacidade de se autogovernar (CARMINATE, 2012).

As discussões acerca da autonomia privada são constantes. Alguns autores defendem uma distinção no conceito entre autonomia privada e autonomia da vontade, outros já entendem que são expressões sinônimas (CARMINATE, 2012). Importa destacar, que o conceito embora muito debatido, não vem sendo aplicado nas questões afetas ao feminino, à mulher gestante.

> A própria noção de autonomia como poder de autodeterminação na realização de interesses críticos e necessidades humanas transmuda-se para ser tida como categoria relacional, que prescinde da intersubjetividade para a própria afirmação do indivíduo, através de regras verdadeiramente autônomas, diante do mundo, da heteronomia. Por essa razão, inúmeras categorias jurídicas relevantes na estrutura do Direito Privado, tais como a noção de autonomia privada e de dignidade da pessoa humana, devem ser pensadas diante da necessária contextualização que perpassa pela intersubjetividade e pela alteridade para se conformarem adequadamente no marco do Estado Democrático brasileiro.
> O princípio da dignidade da pessoa humana surge como garantia de iguais liberdades de atuação para que todos tenham as mesmas oportunidades e a mesma capacidade de se articular e de se tornarem aquilo que querem ser. Há, portanto, um diálogo muito íntimo e primordial entre autonomia, dignidade e direitos fundamentais. Assim, a valorização da autonomia do ser humano como uma das necessidades primordiais do homem se conecta com a própria noção de dignidade (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2018, p. 08).

Nesta esteira, a autonomia privada permite ao indivíduo, liberdade no que tange ao seu projeto existencial, garantindo-lhe tomar decisões para se autogovernar de forma autônoma na construção do seu projeto de vida, com decisões particulares que não permitem limitação de direitos, de acordo com o entendimento que segue:

> A autonomia privada é decorrência da transformação da clássica autonomia da vontade e uma superação da visão voluntarista do Direito. Hoje, não mais se defende que é a vontade a força motriz do surgimento de situações subjetivas, mas que os sujeitos jurídicos, dentro de um espaço de liberdade, podem compor as suas relações de vida (LIMA; SÁ, 2018, p. 23).

Segue essa mesma linha, o raciocínio de Carminate (2012, p. 133-134) a respeito do tema ora abordado:

> Uma vez entendida a autonomia privada como direito e garantia fundamental, tem-se como regra geral a impossibilidade de imposição de limites sobre a mesma, sendo estes admitidos em caráter excepcional, apenas nas situações em que tal intervenção se justifica pela proteção a direitos fundamentais do agente diretamente afetado por seu exercício. [...]
> Assim, qualquer limitação à autonomia privada, que não esteja suficientemente justificada na proteção a direitos e garantias fundamentais do(s) afetado(s) por seu exercício é ilegítima e inconstitucional. A compreensão da autonomia privada passa a ter, portanto, dupla dimensão, devendo o operador do Direito observar se a norma jurídica, ao mesmo tempo, preserva os direitos e garantias fundamentais de todas as partes envolvidas. Ousa-se, assim, definir a autonomia privada como o direito e garantia fundamental que confere à pessoa o poder de se autodeterminar, voluntariamente, estabelecendo livremente as normas que regerão suas relações privadas, bem como seus efeitos, limitada esta ação à observância dos direitos e garantias fundamentais da(s) pessoa(s) por ela afetada(s).

Neste contexto, verifica-se que as decisões envolvendo autonomia privada que afetem somente ao agente, não cabe intervenção do Estado. Estas decisões estão ligadas somente ao indivíduo, pois dizem respeito à sua privacidade e intimidade.

3.1 Autonomia corporal e saúde

A questão da autonomia corporal é extremamente polêmica quando envolve questões de saúde, e essa controvérsia alcança um grau mais acentuado ao se tratar da saúde da mulher durante a gestação, parto e pós-parto. Isso porque, em alguns casos, o Estado se sente no direito de priorizar a vida do feto, anulando a vontade da mãe.

Na tentativa de elucidar sobre a questão da autonomia, Stefano Rodotà, citado por Ana Carolina Brochado Teixeira (2010, p. 52), inicia um dos capítulos de um de seus livros com a seguinte pergunta:

> De quem é o corpo? Da pessoa interessada, dos familiares que a cercam, de um Deus que lhe doou, de uma natureza que o quer inviolável, de um poder social que de mil formas o padroniza, de um médico ou de um magistrado que estabelece o seu destino?

O questionamento supra, que foi feito sobre o contexto da doação de órgãos, e se adequa perfeitamente ao tema ora tratado, deixa claro que o corpo e as decisões acerca dele são pertinentes ao indivíduo, por ser “um espaço onde a decisão da pessoa é a única verdadeiramente legítima” (TEIXEIRA, 2010, p. 172).

Sobre o tema, Mariana Lara (2014, p. 73) afirma:

> Um Estado que se pretenda democrático, plural e secular não pode negligenciar a autonomia do cidadão. A Constituição da República Federativa do Brasil erige como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1°, III, a dignidade da pessoa humana, reforçando a perspectiva de que a pessoa deve ser o centro e o fim de todo o ordenamento jurídico.

Portanto, depreende-se que é dessa forma que o Estado deveria tutelar a autonomia corporal, principalmente em questões de saúde, oportunizando a cada um o papel de protagonista da própria vida, uma vez que se trata de decisões sobre a sua privacidade, e entendendo a saúde como pertencente à intimidade da pessoa é ela quem deve decidir como conduzir esse assunto.

Desde os tempos remotos, a relação médico-paciente foi baseada por um princípio paternalista, também conhecido como ética hipocrática, onde o médico, detentor do conhecimento técnico, indicava o melhor tratamento e ou o melhor medicamento para o paciente, que por sua vez, acatava sem maiores discussões, evidenciando o desequilíbrio dessa relação. Dessa maneira, a intervenção do profissional, sem a aprovação do paciente, estava apoiada na ideia de que qualquer providência por parte do médico, que se destinasse a restabelecer a saúde ou salvar a vida do paciente, justificaria o fato de ter sido imposta (BARROSO, 2010).

Na atualidade, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) é utilizado como instrumento para o exercício da autonomia do paciente, no momento em que é necessária sua aprovação, para realização de procedimentos de saúde (DADALTO; PIMENTEL, 2018).

Insta salientar que, para o exercício dessa autonomia seja pleno e efetivo, a construção dessa decisão deve se dar por meio de uma base dialógica entre médico e paciente, no sentido de se explicar a situação e deixar claros os riscos da realização ou não de determinado procedimento. Isso deve ser feito de forma que nem o médico force uma determinada decisão, nem o paciente se aventure por um determinado caminho sem ter noção de onde poderá chegar, ou seja, sem conhecimento.

Nesta mesma linha de raciocínio, um mecanismo interessante para garantir a autonomia da mulher gestante é o plano de parto, que é um documento de cunho legal que objetiva tornar a mulher como protagonista do seu próprio parto (DA SILVA *et al*., 2017).

A OMS recomenda o uso do plano de parto desde 1986, este plano consiste em um documento redigido pela gestante, onde ela enumera todas as intervenções que deseja,

buscando evidenciar os procedimentos que lhe geram conforto, e principalmente as intervenções pelas quais não deseja ser submetida sem seu consentimento, durante o processo do nascimento, assim também como o atendimento que espera para o seu bebê. Deixando claro também que, caso ocorra alguma alteração que necessite de intervenção não prevista no plano de parto, que ela seja consultada ou comunicada (BRASIL, s/d).

Esta manifestação de vontade é hoje a principal ferramenta para que a mulher tente manter sua autonomia no período que compreende a gravidez, parto e pós-parto, uma vez que no Brasil ainda não existe legislação específica sobre a violência obstétrica.

Desta forma, ao elaborar o plano de parto, a gestante pode deixar explícito que não deseja ser submetida à episiotomia, manobra de Kristeller, exames de toques desnecessários, soro com ocitocina, rompimento artificial da bolsa, lavagem intestinal, raspagem dos pelos pubianos (BARBARA, 2019), dentre outros procedimentos, como também, os tipos de atendimento aos quais ela espera ser submetida.

Ademais, o texto constitucional em seu artigo 5º, incisos II e X, aduz:

> 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:
> [...]
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
> [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, *online*).

Apesar de não ser uma norma especificamente dirigida a tutelar a saúde, é evidente que a proteção se estende ao assunto, uma vez que abarca obrigações definidas ou não por lei, assim também como a questão da inviolabilidade da intimidade, sendo inclusive, motivo de indenização em caso de ofensa.

De acordo com o disposto no artigo 15 do Código Civil brasileiro, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica” (BRASIL, 2002, *online*). Esse dispositivo reconhece, portanto, a autonomia privada ao paciente e, dessa forma, tutela a recusa de tratamento como um dos direitos da personalidade (DADALTO; PIMENTEL, 2018).

Seguindo nessa mesma perspectiva, encontra-se elencado no artigo 7º, inciso III, da Lei 8.080 de 19/09/1990 que trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da

saúde, responsável pela regulamentação do SUS, sobre “preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (BRASIL, 1990, *online*).

Não obstante aos dispositivos de leis citados a mulher gestante ainda encontra dificuldades em ter respeitada a sua autonomia no que se refere ao seu corpo, a sua saúde e as decisões afetas à recusa de tratamento.

3.2 Autonomia da Mulher

Oficialmente, o feminismo tem seu início com a Declaração dos Direitos da mulher e da Cidadã, em setembro de 1791, na França. Este documento foi proposto à Assembleia Nacional da França, durante Revolução Francesa (1789-1799) por Marie Gouze (1748-1793), que sob o codinome de Olympe de Gouges, lutou também contra a escravidão (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2018). A Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã (1791) tinha como objetivo a igualdade entre homens e mulheres em todos os âmbitos, quais sejam, trabalho, propriedade, expressão e etc., conforme predispõe os artigos a seguir:

> Artigo 1º A mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem. As distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum.
> Artigo 6º A lei deve ser a expressão da vontade geral. Todas as cidadãs e cidadãos devem concorrer pessoalmente ou com seus representantes para sua formação; ela deve ser igual para todos. Todas as cidadãs e cidadãos, sendo iguais aos olhos da lei devem ser igualmente admitidos a todas as dignidades, postos e empregos públicos, segundo as suas capacidades e sem outra distinção a não ser suas virtudes e seus talentos.
> Artigo 10 Ninguém deve ser molestado por suas opiniões, mesmo de princípio. A mulher tem o direito de subir ao patíbulo, deve ter também o de subir ao pódio desde que as suas manifestações não perturbem a ordem pública estabelecida pela lei.
> Artigo 13 Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração, as contribuições da mulher e do homem serão iguais; ela participa de todos os trabalhos ingratos, de todas as fadigas, deve então participar também da distribuição dos postos, dos empregos, dos cargos, das dignidades e da indústria (GOUGES, 1971, *online*).

Em 1793 Marie Gouze foi guilhotinada por se opor abertamente contra Robespierre, acabou condenada como revolucionária e como mulher “desnaturada” (GOUGES, 1971).

A partir desse marco histórico, as lutas feministas vêm modificando de maneira gradual a vidas das mulheres em sociedade. Dentre as conquistas alcançadas, cita-se o direito de contratar, o direito de ter propriedade privada, direito ao voto, os direitos trabalhistas etc. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2018).

Em que pese, hoje em dia ser evidente o progresso considerável no que tange a

autonomia da mulher, forçoso é notar que muito ainda precisa ser feito para que as mulheres tenham de fato seus direitos respeitados, principalmente no que se refere a autonomia do próprio corpo.

É de pleno conhecimento que na atualidade a mulher conquistou o direito de trabalhar "fora" e muitas vezes é ela que sustenta a casa sozinha. No trabalho, chega a desempenhar a mesma função que um homem, muito embora com rendimentos a menor (FIGUEREDO, 2006), e na hora de tomar decisões sobre o seu próprio corpo, como fazer uma laqueadura, precisa do consentimento do marido ou companheiro, isso é um verdadeiro despropósito.

4 A LEGISLAÇÃO E VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A temática que abarca a violência obstétrica além de bastante complexa é desconhecida pela maioria das mulheres. Mesmo quando sofre algum tipo de violação em algum período da gestação, parto ou puerpério, a mulher muitas vezes não sente dessa forma, até mesmo pela cultura de naturalização do sofrimento do parto.

Um ponto a se salientar sobre a pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo que aponta que a violência obstétrica afeta uma em cada quatro mulheres em algum momento do ciclo gravídico-puerperal, é exatamente a possibilidade desse número não corresponder a realidade, pelo simples fato de muitas mulheres não entenderem ou não saberem que passaram por algum tipo de violação.

Corrobora para a continuidade dessa situação de negligência no que se refere à violência obstétrica, a ausência de legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro para tratar do assunto com a autoridade e seriedade que ele necessita.

Portanto, serão expostas adiante, algumas legislações não específicas sobre o tema.

A Lei n.º 11.634, de 27 de dezembro de 2007, que "dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde", assevera o seguinte:

> Art. 1º Toda gestante assistida pelo Sistema Único de Saúde - SUS tem direito ao conhecimento e à vinculação prévia à:
> I - maternidade na qual será realizado seu parto;
> II - maternidade na qual ela será atendida nos casos de intercorrência pré-natal.
> § 1º A vinculação da gestante à maternidade em que se realizará o parto e na qual será atendida nos casos de intercorrência é de responsabilidade do Sistema Único de Saúde e dar-se-á no ato de sua inscrição no programa de assistência pré-natal.
> § 2º A maternidade à qual se vinculará a gestante deverá ser comprovadamente apta a prestar a assistência necessária conforme a situação de risco gestacional, inclusive

em situação de puerpério (BRASIL, 2007, *online*).

No entanto, segundo a pesquisa "Nascer no Brasil: Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento", coordenada pela Fundação Oswaldo Cruz identificou que apenas 59% das mulheres entrevistadas não foram orientadas sobre a maternidade de referência para internação para o parto, contrariando o disposto na lei supracitada (LEAL, 2014).

A Portaria nº 569, de 1º de junho de 2000, que "considerando que o acesso das gestantes e recém-nascidos a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto, puerpério e período neonatal são direitos inalienáveis da cidadania", dispõe em seu artigo 2º:

> Art. 2º Estabelecer os seguintes princípios e diretrizes para a estruturação do Programa de Humanização no Pré-natal e Nascimento:
> a - toda gestante tem direito ao acesso a atendimento digno e de qualidade no decorrer da gestação, parto e puerpério;
> b - toda gestante tem direito ao acompanhamento pré-natal adequado de acordo com os princípios gerais e condições estabelecidas no Anexo I desta Portaria;
> c - toda gestante tem direito de saber e ter assegurado o acesso à maternidade em que será atendida no momento do parto;
> d - toda gestante tem direito à assistência ao parto e ao puerpério e que esta seja realizada de forma humanizada e segura, de acordo com os princípios gerais e condições estabelecidas no Anexo II desta Portaria; [...] (BRASIL, 2000, *online*).

Apesar de todas essas garantias, a pesquisa "Nascer no Brasil", demonstrou que quase um quinto das mulheres procurou mais de um serviço para admissão durante o trabalho de parto, o que aumenta consideravelmente, os riscos de complicações, tanto para a mãe quanto para o bebê. Como justificativa para a recusa no atendimento, as maternidades alegaram a falta de médicos, de materiais e de equipamentos (LEAL, 2014).

A Lei n.º 11.108, de 7 de abril de 2005, que alterou a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, "para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS", acrescentando o artigo que segue:

> Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.
> § 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. [...] (BRASIL, 2005, *online*).

Mesmo com o direito ao acompanhante garantido por lei, a parturiente não tem seu direito respeitado, como demonstrado também pela pesquisa "Nascer no Brasil" que revelou que menos de 20% das mulheres se beneficiaram da presença contínua de um acompanhante

durante o período de internação, entre os anos de 2005 e 2015 (LEAL, 2014).

O artigo 19-J, teve sua aplicabilidade estendida para instituições públicas e privadas por meio da Portaria nº 2.418 do Ministério da Saúde, de 2 de dezembro de 2005 e da Resolução da Diretoria Colegiada n° 36, de 3 de junho de 2008, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

E sobre o acompanhante em uma instituição privada, a pesquisa "Nascer no Brasil" indica que dentre o percentual das mulheres que se valeram do benefício durante a pesquisa, (20%), a maior parte eram detentoras de uma maior renda financeira, melhor nível de escolaridade, eram mulheres brancas, usuárias do setor privado de saúde e optaram por parto cesáreo (LEAL, 2014), ou seja, a pesquisa deixou evidente que a mulher pobre não tem acesso a essa informação e por tanto, não tem seu direito respeitado uma vez que não o conhece e não o exige.

A Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990, que trata sobre o SUS, assegura:

> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
> [...]
> III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral (BRASIL, 1990, *online*).

E considerando também a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para Educação (UNESCO) que prevê em seus artigos 5º e 6º:

> Artigo 5º Autonomia e responsabilidade individual
> A autonomia das pessoas no que respeita à tomada de decisões, desde que assumam a respectiva responsabilidade e respeitem a autonomia dos outros, deve ser respeitada. No caso das pessoas incapazes de exercer a sua autonomia, devem ser tomadas medidas especiais para proteger os seus direitos e interesses.
> Artigo 6º Consentimento
> 1.Qualquer intervenção médica de carácter preventivo, diagnóstico ou terapêutico só deve ser realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecido da pessoa em causa, com base em informação adequada. Quando apropriado, o consentimento deve ser expresso e a pessoa em causa pode retirá-lo a qualquer momento e por qualquer razão, sem que daí resulte para ela qualquer desvantagem ou prejuízo.[34]

A esse respeito, a pesquisa "Nascer no Brasil" demonstrou que a maioria das mulheres foi submetida a intervenções de maneira excessiva, uso de medicamentos para aceleração do

[34] A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos pode ser encontrada, em sua versão traduzida, está disponível em: https://www.ufrgs.br/bioetica/undh.htm.

parto como ocitocina, submetidas à episiotomia, manobra de Kristeller, foram forçadas a dar à luz deitadas de costas, dentre outros procedimentos que já foram abordados em momento anterior deste trabalho, como desnecessários e inclusive não recomendados pela OMS como procedimentos de rotina (LEAL, 2014), tendo portando, sido desconsideradas sua autonomia, e integridade física e moral.

Na tese de doutorado apresentada ao Departamento de Medicina da Universidade de São Paulo para obtenção de título de Doutora em Ciências, Sônia Hotimsky (2007, p. 76), sobre o TCLE, afirma:

> Durante a pesquisa de campo, pudemos constatar que as pacientes não eram consultadas nas tomadas de decisão com relação à realização de qualquer procedimento cirúrgico ou acerca de quem na equipe iria executar esses procedimentos. Raramente sabiam o nome de qualquer profissional da equipe médica, muito menos se se tratava de um médico ou um estudante de medicina. Elas raramente eram informadas de antemão que seriam submetidas a intervenções cirúrgicas como episiotomias e episiorrafias.

Diante disso, percebe-se mais uma vez que, a autonomia da mulher, sua integridade física e moral, e o uso do TCLE, não são respeitados.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, em seu artigo 5º, incisos II e X, expressa:

> 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:
> [...]
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
> [...]
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, *online*).

Neste sentido, ressalta-se o tamanho da violação à intimidade e à vida privada da parturiente, no momento em que é obrigada a ter seu filho em uma posição que, como já foi tratado anteriormente, não lhe favorece (supina/litotômica), muito pelo contrário, além de dificultar a expulsão do bebê, ainda o coloca em risco. Além de ser obrigada a se submeter ao uso da ocitocina, episiotomia, manobra de Kristeller e demais procedimentos citados anteriormente.

Ademais, de acordo com o artigo 15 do Código Civil brasileiro, “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção

cirúrgica" (BRASIL, 2002, *online*). Este dispositivo legal consagra a autonomia de qualquer paciente, inclusive da mulher gestante, parturiente ou puérpera.

Nesta linde, o artigo 7º, inciso III, da Lei 8.080 de 19/09/1990 que trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, responsável pela regulamentação do SUS, também salvaguarda a autonomia do paciente na medida em que dispõe sobre "preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral" (BRASIL, 1990, *online*).

Apesar do Brasil ainda não possuir nenhuma lei que trate especificamente sobre a violência obstétrica, tramitam alguns projetos de leis, apensados uns aos outros, que serão abordados na sequência.

O primeiro deles é o Projeto de Lei (PL) nº 7.633/2014, apresentado à Câmara pelo deputado Jean Wyllys, dispõe sobre a "humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal", dispondo em seu artigo 13 a conceituação de violência obstétrica, como segue:

> Art. 13 – Caracteriza-se a violência obstétrica como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos (as) profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que cause a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.
> Parágrafo único. Para efeitos da presente Lei, considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo (a) profissional da equipe de saúde que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes em trabalho de parto, em situação de abortamento e no pós-parto/puerpério (BRASIL, 2014, *online*).

Em seu artigo 11, reforça a questão da autonomia da mulher no que tange principalmente a recusa de se submeter a determinado tratamento, como segue:

> Art. 11 - No atendimento à mulher durante o pré-parto, parto e puerpério, é vedado aos profissionais integrantes da equipe de assistência à saúde:
> I – realizar procedimentos desnecessários ou contraindicados pelas Boas Práticas de Atenção ao Parto e Nascimento, preconizadas pela Organização Mundial da Saúde - OMS;
> II – constranger ou submeter a mulher a procedimento ou intervenção desnecessário, com a justificativa de que sua negação causará risco à sua saúde ou a de seu concepto;
> III – adotar procedimentos de eficácia carente de evidência científica, classificados nas categorias C e D das Boas Práticas de Atenção ao Parto e Nascimento, ou que sejam suscetíveis para causar dano quando aplicados de forma generalizada ou rotineira (BRASIL, 2014, *online*).

Já os artigos 17 e 29 do projeto em comento, preveem responsabilização em caso de descumprimento:

> Art. 17 – Todos os casos de violência obstétrica praticados pelos profissionais da equipe de saúde serão relatados à ouvidoria dos serviços de saúde e às Comissões de Monitoramento dos Índices de Cesarianas e de Boas Práticas Obstétricas - CMICBPO, e constituem infração à legislação sanitária federal, implicando obrigatoriamente na aplicação das penalidades previstas nesta Lei ao estabelecimento de saúde.
> § 1º - Os e as profissionais de saúde que praticarem atos de violência obstétrica ficam pessoalmente sujeitos à responsabilização civil e criminal decorrente de suas condutas.
> § 2º - Os casos de violência obstétrica serão também notificados aos Conselhos Regionais de Medicina e de Enfermagem, para os devidos encaminhamentos e aplicações de penalidades administrativas aos profissionais envolvidos.
> [...]
> Art. 29 - As instituições e os/as profissionais que não cumprirem o estabelecido nesta Lei responderão no âmbito civil, penal e administrativo por suas ações e/ou omissões (BRASIL, 2014, *online*).

Como se pode notar, no artigo 29 fica clara a preocupação em se responsabilizar os agentes em âmbito civil, penal e administrativo. Talvez seja essa a solução para que as normas sejam mais efetivas, uma vez que, como demonstrado até aqui, as poucas normas existentes em nosso ordenamento jurídico, visando tutelar a autonomia da mulher, não são cumpridas.

Cabe ressaltar que este projeto teve como última ação legislativa em 10/07/2017, seu recebimento pela Comissão de Educação, sendo apensado ao PL-6567/2013.

Outro PL é o n.º 7.867/2017, dispõe sobre "medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério", da lavra da Deputada Jô Moraes.

Em seu artigo 3º conceitua violência obstétrica como sendo:

> Art. 3º. Considera-se violência obstétrica todo ato praticado por membro da equipe de saúde, do hospital ou por terceiros, em desacordo com as normas regulamentadoras ou que ofenda verbal ou fisicamente as mulheres gestantes, parturientes ou puérperas (BRASIL, 2017a, *online*).

O artigo 4º do referido PL dispõe em um rol não taxativo, através de 21 incisos as formas de violência obstétrica.

A última ação legislativa referente a este PL, data de 10/07/2017, e trata do seu recebimento pela CE, apensando-o ao PL-7633/2014.

O PL n.º 8.219/2017, de autoria do deputado Francisco Floriano, "dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após", caracterizando a violência obstétrica em seu artigo 2º, como sendo a "imposição de intervenções danosas à integridade física e psicológica das mulheres nas instituições e por profissionais em que são atendidas, bem como o desrespeito a sua

autonomia".

A novidade desse projeto em relação aos outros, é que ele traz pena de detenção e multa para os agentes que praticarem violência obstétrica, caracterizada em seu artigo 3º, que inclusive elenca um rol taxativo sem seus nove incisos, e ainda proíbe a realização da episiotomia, sob pena de detenção, de um ano a dois anos, e multa.

> Art. 3º. O procedimento médico denominado episiotomia é inadequado e violento, devendo ser praticado, exclusivamente, nos casos de sofrimento do bebê ou complicação no parto que coloque em risco a vida e a saúde da mãe e do bebê, devendo ser motivada no prontuário médico da mulher.
> Pena - detenção, de um ano a dois anos, e multa (BRASIL, 2017b, *online*).

O despacho atual referente a este PL, com data de 23 de agosto de 2017, cujo teor trata da proposição de apensá-lo ao PL 7.867/2017.

Diferentemente do ocorrido no Brasil, países vizinhos como Argentina, México e Venezuela, dispensam tratamento diferenciado ao assunto violência obstétrica, uma vez que estes países possuem legislação específica sobre o tema, como será abordado a seguir.

A Argentina, sancionou a Lei nacional de n.° 25.929/2004, também conhecida como Lei do Parto Humanizado, que dispõe sobre os direitos dos pais e filhos durante o processo de nascimento. Esta lei possui aplicação em todo o território argentino, tanto no setor público quanto no privado e assevera às mulheres, direitos e garantias no que se refere ao pré-parto, parto e pós-parto. Assegura várias prerrogativas ao recém-nascido e assistência aos pais no que tange ao crescimento dos filhos (BRASIL, 2012).

Com o escopo de proporcionar mais garantias às mulheres argentinas, em março de 2009 foi sancionada a Lei n.º 26.485, ou "Lei de proteção integral para prevenir e erradicar a violência contra as mulheres nos âmbitos em que se desenvolvam suas relações interpessoais". Esse diploma legal tipifica seis tipos de violência contra a mulher encontrando-se neste rol, a violência contra liberdade reprodutiva e obstétrica (BRASIL, 2012).

Na Venezuela, em novembro de 2006, foi aprovada a lei que trata sobre o "direito das mulheres a uma vida livre de violência". A Lei n.° 38.647/2007, tipifica dezenove espécies de violência contra a mulher, dentre eles, a violência obstétrica e visa proteger a população feminina, que representa metade dos venezuelanos (BRASIL, 2012).

Em 2014 foi a vez do México, que conforme consta no Boletim n.º 5462, a Comissão de Igualdade de Gênero aprovou a incorporação do conceito, de violência obstétrica na Lei Geral de Acesso da Mulher a Vida livre de violência, garantindo desta forma, proteção à

mulher também contra esse tipo de violência (MÉXICO, 2015).

Resta então demonstrado que, países vizinhos ao Brasil já vêm tratando a questão da violência obstétrica de maneira mais eficiente, com adoção de leis específicas sobre o tema desde 2004, como é o caso da Argentina.

Devido a essa omissão legal no regulamento pátrio, o Conselho Federal de Medicina (CFM), em 16 de setembro de 2019, promulgou a Resolução 2.232/19, que "estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente" (CFM, 2019), cujo artigo 5º, parágrafo 2º, que se refere a recusa terapêutica por parte da mulher gestante, será objeto de análise no capítulo seguinte.

5 ANÁLISE DA RESOLUÇÃO 2232/19 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

Conforme foi demonstrado ao longo deste trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro não possui norma específica que tutela a mulher gestante no que tange à violência obstétrica, apesar de possuir regulamentação que salvaguarda a autonomia corporal da pessoa humana.

Devido a essa brecha na lei, o CFM promulgou a Resolução 2.232/19 em 16 de setembro de 2019, com o objetivo de nortear e estabelecer normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente.

Insta salientar, que a resolução supracitada teve como principal objetivo regulamentar a recusa terapêutica de forma geral, ou seja, por parte dos pacientes de maneira generalizada, portanto não tinha como escopo tratar da recusa de tratamento por parte da mulher no período da gestação, parto ou pós-parto (ANDRADE; CARMINATE, 2020).

Apesar de não versar prioritariamente sobre a recusa de tratamento por parte da mulher gestante, a Resolução 2.232/19 do CFM, em seu artigo 5º, aludiu à questão da seguinte forma:

> Art. 5º A recusa terapêutica não deve ser aceita pelo médico quando caracterizar abuso de direito.
> § 1º Caracteriza abuso de direito:
> I –A recusa terapêutica que coloque em risco a saúde de terceiros.
> II –A recusa terapêutica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação.
> § 2º A recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto (CFM, 2019, *online*).

Em 17 de setembro de 2019, no Portal Médico, o *site* do CFM, foi publicada uma matéria intitulada *CFM fixa norma ética para recusa terapêutica por pacientes e objeção de*

consciência na relação médico-paciente. O conteúdo publicado reforça de forma sucinta alguns pontos da resolução e sobre o artigo 5º, §1º, explana o seguinte:

> São considerados casos de abuso de direito, segundo a Resolução, aqueles em que a recusa terapêutica pode colocar em risco a saúde de terceiros. Além disso, a recusa não aplica ao tratamento de doença transmissível ou de qualquer outra condição semelhante que exponha a população a risco de contaminação (CFM, 2019, *online*).

Nesta perspectiva, insta salientar que o CFM considera abuso de direito a recusa de tratamento por parte do paciente que coloque em risco a saúde de terceiros; quando se tratar de doença transmissível e ou que cause risco de contaminação a população. Estes casos tratados no §1º, incisos I e II, se relacionam aos pacientes de forma genérica, ou seja, a qualquer paciente.

Já com relação ao §2º, o texto publicado no *site* do CFM, diz o seguinte: "Quando manifestada por gestante, a recusa terapêutica também deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe e feto, podendo o ato de vontade da mãe caracterizar abuso de direito dela em relação ao feto" (CFM, 2019, *online*).

Neste ponto, o artigo aborda de maneira específica a recusa terapêutica manifestada por parte da gestante, classificando essa recusa como abuso de direito em relação ao bebê.

Em que pese considerar a recusa como abuso de direito, a Resolução não esclarece o que seria esse abuso de direito da mãe sobre o feto, limitando apenas a informar que "a recusa terapêutica manifestada por gestante deve ser analisada na perspectiva do binômio mãe/feto" (ANDRADE; CARMINATE, 2020, p. 238).

Sobre o assunto, a especialista em direito da mulher, Fabiana Dal'Mas Rocha Paes, promotora do Ministério Público de São Paulo (MP-SP), em entrevista ao G1, disse temer que a exceção seja aplicada para justificar cesarianas e outros procedimentos invasivos.

> "Quando a norma fala que a recusa terapêutica deve ser analisada no binômio mãe e feto ela está dando ao médico o direito que ele faça, por exemplo, uma episiotomia, apesar da recusa terapêutica. No ponto de vista dessa resolução, uma recusa da mãe pode ser um abuso de direito. [...]
> No meu entendimento essa resolução é inconstitucional. Ela é discriminatória em relação à mulher" (FIGUEIREDO, 2019, *online*).

Em análise ao dispositivo em comento, cumpre destacar que de acordo com a opinião da promotora, este é um risco iminente, pois neste caso o médico poderia desconsiderar o TCLE e também o Plano de Parto, abordados em momentos anteriores neste trabalho, ferindo a autonomia da mulher, uma vez que a vontade dela poderia significar abuso de direito com

relação ao feto.

Nesta esteira, corrobora com o raciocínio traçado até aqui, a publicação realizada pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), em 27 de setembro de 2019, de uma nota sobre a resolução ora em comento com a seguinte exortação sobre o parágrafo 2º do artigo 5º:

> Assim sendo, recomendamos aos colegas associados, que durante o atendimento obstétrico à parturientes, procure aplicar as melhores práticas obstétricas, respeitando os princípios da autonomia do paciente, mas não se esquecendo dos princípios da não maleficência e da proporcionalidade, que nos resguardam o direito de executar o que é recomendado cientificamente para o binômio mãe-feto (FEBRASGO, 2019, *online*).

Logo após o CFM ter publicado a referida resolução, o Ministério Público Federal (MPF) instaurou o Inquérito Civil nº 1.34.001.007752/2013-8, e expediu uma recomendação para evitar a coação de mulheres gestantes na escolha de procedimentos durante o parto por parte dos médicos, dando 30 dias de prazo para que o órgão revogasse os pontos da resolução, considerados ilegais (BRASIL, 2019a).

Em seguida a várias considerações, a recomendação se pautava nos seguintes termos:

> 1- revogue o §2º do artigo 5º, da Resolução CFM nº 2232/2019, tendo em vista sua contrariedade ao Código de Ética Médica, ao Código Penal, à Constituição Federal de
> 1988 e às Recomendações da Organização Mundial de Saúde e do Ministério da Saúde para assistência ao parto, com o reconhecimento de que apenas em casos de iminente risco de vida é possível o médico adotar medidas necessárias para a preservação da vida no atendimento ao parto em contrariedade ao desejo materno, bem como que, no que tange ao binômio mãe/feto, caberá à gestante ponderar entre os riscos à sua vida e à vida do feto quando fizer opções por procedimentos terapêuticos relacionados à gestação e parto, conforme princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da autonomia.
> 2 - que, por consequência, seja a assistência ao parto expressamente retirada do âmbito de incidência da Resolução CFM nº 2232/2019, especialmente em seus artigos 6º e 10.
> 3 - que se abstenha de empregar outras ações contrárias ao ordenamento jurídico em vigor, cerceadoras a autonomia das mulheres e contrárias às Políticas de Atenção ao Parto preconizadas pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2019a, s/p).

Em sua resposta, o CFM se nega a atender as recomendações do MPF, e vai mais além, pronuncia-se favoravelmente à internação compulsória das parturientes no caso delas rejeitarem seguir as orientações médicas (BRASIL, 2019b).

Em face da negativa do CFM em atender as recomendações do MPF, foi instaurada a Ação Civil Pública (ACP) n.º 5021263-50.2019.4.03.6100 (BRASIL, 2019c) com pedido de tutela de urgência, *inaudita altera pars*, para determinar a suspensão do §2º do artigo 5º da

Resolução nº 2232/2019 do CFM. Dentre os questionamentos adotados pelo MPF, destaca-se os seguintes com relevância para o presente trabalho:

> a) contraria o princípio bioético da autonomia, impedindo a tomada de decisões pela gestante/parturiente quanto a seu próprio corpo, sobre sua pessoa e a de seu bebê, conforme dispositivos previstos na Constituição Federal, no Código de Ética Médica e no Código Penal;
> b) infringe o direito personalíssimo ao próprio corpo, um dos corolários diretos do princípio da dignidade da pessoa humana, prevista como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal;
> c) infringe o princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal) ao inovar indevidamente o panorama jurídico da assistência ao parto pela via do poder regulamentar, criando direitos e deveres não previstos em Lei;
> d) contraria as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto do Ministério da Saúde (Portaria MS/SAS nº 353 de 2017) bem como as recomendações da Organização Mundial de Saúde para assistência ao parto;
> e) contraria o dever de sigilo médico, estabelecido pelo Código de Ética Médica, expondo ilegalmente a privacidade e a intimidade das mulheres;
> f) representa grave risco de institucionalização de internações compulsórias de mulheres grávidas, independente de risco iminente de morte, em flagrante desrespeito à legislação em vigor e ao princípio da reserva legal, aos direitos assegurados pela Constituição Federal de 1988, às determinações da Organização Mundial de Saúde, bem como ao disposto na Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher – "Convenção de Belém do Pará" (BRASIL, 2019c, *online*).

O MPF afirma em sua inicial que a resolução ora em análise, em que pese não tratar de forma específica de saúde materna, no que diz respeito ao atendimento ao parto, ou seja, §2º do artigo 5º:

> [...] mostra-se contrária às políticas de humanização do nascimento preconizadas pelo Ministério da Saúde, afronta diversos dispositivos legais e direitos consagrados pela Constituição Federal em vigor, além de representar a institucionalização de atos arbitrários e contrários à autonomia das parturientes, inclusive com a possibilidade de internações compulsórias ilegais (BRASIL, 2019c, *online*).

Ademais, o MPF entende que o CFM ao abordar a expressão "abuso de direito" de maneira genérica, ou seja, sem nenhuma delimitação quanto a sua amplitude, exorta aos profissionais da área da saúde a desrespeitarem o próprio Código que lhes rege a profissão, uma vez que o Código de Ética Médica em seu artigo 31 dispõe sobre ser defeso ao médico "desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte" (BRASIL, 2019c, *online*).

Na inaugural o parquet também alude aos artigos 6º e 10º da Resolução 2.232/19 do CFM, que seguem transcritos, sobre a perspectiva de que embora não se refiram especificamente à mulher gestante como é o caso do §2º do artigo 5º da normativa em análise,

pois são de aplicação genérica, ao serem abordados conjuntamente, além de violar a autonomia privada das parturientes, também ferem o dever de sigilo da relação médico-paciente.

> Art. 6º O médico assistente em estabelecimento de saúde, ao rejeitar a recusa terapêutica do paciente, na forma prevista nos artigos 3º e 4º desta Resolução, deverá registrar o fato no prontuário e comunicá-lo ao diretor técnico para que este tome as providências necessárias perante as autoridades competentes, visando assegurar o tratamento proposto.
> [...]
> Art. 10. Na ausência de outro médico, em casos de urgência e emergência e quando a recusa terapêutica trouxer danos previsíveis à saúde do paciente, a relação com ele não pode ser interrompida por objeção de consciência, devendo o médico adotar o tratamento indicado, independentemente da recusa terapêutica do paciente (BRASIL, 2019c, *online*).

De acordo com o entendimento do MPF, os artigos acima violam o dever de "sigilo profissional para acionar autoridades públicas visando coagir pacientes a receber intervenções que não desejam, independentemente do risco iminente de morte" (BRASIL, 2019c, *online*), e desta forma, desrespeitam os artigos 22 e 26 do Código de Ética Médica que versam:

> É vedado ao médico:
> Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.
> [...]
> Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la (CFM, 2018, *online*).

Após uma extensa explanação sobre o "conteúdo cerceador à autonomia das mulheres", o MPF criticou duramente a falta do critério do risco iminente de morte da mãe ou do feto, como motivo justo para o médico deixar de sujeitar-se à recusa manifestada pela gestante (BRASIL, 2019c).

Diante disso, o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) publicou a Recomendação nº 19, de 10 de outubro de 2019, aconselhando a revogação do § 2º do art. 5º da Resolução ora em comento, por considerar que este se contrapõe à "dignidade das mulheres em situação de gravidez na condição de pacientes internas em estabelecimentos de atendimento à saúde nas esferas pública ou privada" (BRASIL, 2019d, p. 01).

Dentre as ponderações traçadas no referido documento, cita-se:

> 1.CONSIDERANDO que o § 2º do art. 5º da Resolução nº 2.232/2019 do Conselho Federal de Medicina (CFM) publicada no Diário Oficial da União (D.O.U. 16/09/2019) estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico paciente inserindo itens em flagrante violação dos direitos humanos, contrapondo a dignidade das mulheres em situação de gravidez na condição de pacientes internas em estabelecimentos de atendimento à saúde nas esferas pública ou privada;
> [...]
> 6. CONSIDERANDO que tal normativa contém conceitos amplos e contrários ao Código de Ética Médica que esvaziam integralmente a autonomia de parturientes sobre seu próprio corpo, afastando suas escolhas e decisões quanto ao nascimento de seus filhos. De igual forma, conferem ao médico, de forma ilegítima e antijurídica, uma liberdade de atuação profissional ilimitada durante a assistência ao parto, em qualquer um de seus contextos, independentemente do grau de risco a que se submete o binômio gestante/feto, seja ele, baixo, médio ou alto;
> 7. CONSIDERANDO ainda que contraria os direitos reprodutivos das mulheres a adoção, por médicos e demais profissionais de saúde, de procedimentos obstétricos contrários à manifestação das pacientes, tais como a episiotomia (corte entre a vagina e o ânus para ampliar o canal de passagem do feto), a administração de soro de ocitocina (para acelerar o trabalho de parto) e a utilização de manobra de Kristeller (pressão na barriga da gestante para apressar o nascimento), práticas não adotadas pelo Ministério da Saúde e/ou Organização Mundial de Saúde (OMS), e consideradas prejudiciais quando realizadas de forma irrestrita;
> [...]
> RECOMENDA ao Conselho Federal de Medicina que revogue o §2º do artigo 5º, da Resolução CFM nº 2232/2019 (BRASIL, 2019d, p. 01-03).

Diante dos fatos, em 17 de dezembro de 2019, foi deferida a medida liminar que suspendeu a eficácia do §2º do artigo 5º da resolução em análise e suspendeu parcialmente a eficácia dos seus artigos 6º e 10, no que tange à assistência e atendimento ao parto, sendo também determinada a citação do CFM para apresentar contestação, o que não acorreu (BRASIL, 2019c).

Ante todo o exposto, resta provada a hipótese que deu causa ao presente trabalho. O §2º do artigo 5º da Resolução 2.232/19 do CFM, promulgada em 16 de setembro de 2019, viola a autonomia privada da mulher, fere seus direitos sexuais e reprodutivos uma vez que nega à gestante o direito de se recusar a receber determinado tratamento obstétrico, apoiando-se na ideia de prioridade da vida do feto, tendo em vista que a mulher não pode se colocar em primeiro plano, sendo seu ato de vontade considerado como abuso de direito e, desta forma, corrobora por convalidar a violência obstétrica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo a analisar a violência obstétrica e sua convalidação por meio do parágrafo 2° do artigo 5° da Resolução 2232/19 do CFM. Foi ao vislumbrar a temática acerca da violência obstétrica, que é reflexo de uma sociedade machista

e patriarcal, pouco explorada, cujo o próprio conceito é ainda desconhecido para muitas mulheres, em um contexto social carente de leis específicas no sentido salvaguardar a autonomia privada das mulheres gestantes, e, perceber a tentativa de um Órgão como o CFM que por meio da edição da Resolução 2.232/19, em seu §2º artigo 5º, de cercear esta autonomia privada e ratificar esse tipo de violência, que motivou o início desta pesquisa.

Diante disso, o presente trabalho teve como objetivo geral debater se o parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução 2.232/19 do CFM viola a autonomia privada da mulher, ferindo seus direitos sexuais e reprodutivos, o que ao final restou provado que sim, uma vez que o dispositivo em questão retira da gestante o direito de se recusar a receber determinado tratamento médico, se sustentando no conceito de primazia da vida intrauterina e considerando o ato de vontade da mãe como abuso de direito com relação ao bebê, convalidando dessa forma a violência obstétrica.

Para esse fim, tratou-se sobre a violência obstétrica, seu conceito, apresentando de forma sucinta sua incidência e caracterização, tendo sido também expostas algumas formas dessa violação. Apresentando como ponto de partida, o parto e sua evolução, as transformações pelas quais passou o processo do nascimento e a principal delas quando a gestação e o parto deixaram de ser um evento onde predominava a presença do feminino e com a intervenção da medicina passou a ser predominantemente dominado pelo masculino, quando a mulher começa a perder a autonomia sobre o próprio corpo até mesmo na hora de dar à luz.

Em seguida, foi abordado o direito à saúde desde a construção de sua ideia como um direito de todos os cidadãos até a conquista do direito à saúde da mulher, quando esta se percebe dona do próprio corpo, resultado das lutas feministas que se iniciaram no final do século XIX para garantir-lhe minimamente alguns direitos, dentre eles a criação e melhoria de programas de saúde pública relacionados à saúde reprodutiva da mulher.

Sob a ótica da autonomia privada foram analisadas as questões da autonomia corporal e saúde e também a autonomia da mulher, onde se reconhece um enorme avanço graças as lutas feministas, embora seja forçoso admitir também que ainda muito precisa ser feito, muitas lutas ainda precisarão ser enfrentadas para que as mulheres tenham sua autonomia privada respeitada.

Discutiu-se a violência obstétrica sob o prisma da legislação brasileira, foram analisados os projetos de lei que tratam sobre o tema em âmbito nacional, assim também como o tratamento legal dado ao assunto em outros países como Argentina, Venezuela e

México.

Por fim, procedeu-se a uma análise da Resolução 2.232/19 do CFM, sobretudo do §2º do artigo 5º, onde restou provado que este dispositivo fere a autonomia privada da mulher gestante, e, portanto, robustece a prática de violência obstétrica.

A pesquisa partiu da possibilidade de que o parágrafo 2º do artigo 5º da Resolução 2.232/19 do CFM viola a autonomia privada da mulher, na medida que fere o artigo 5º da Constituição Federal, inciso II, que assegura que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", e inciso X, que trata sobre serem "invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas". Desrespeita também o artigo 15 do Código Civil brasileiro, o qual garante que "ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica", e, não leva em consideração seus direitos sexuais e reprodutivos, tendo sido essa hipótese confirmada no decorrer deste trabalho.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Janaína Marques de**. Violência institucional em maternidades públicas: hostilidade ao invés de acolhimento como uma questão de gênero**. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-21062010-175305/publico/JanainaMAguiar.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ANDRADE, Kelly Mota de; CARMINATE, Raphael Furtado. Primeiras impressões sobre a resolução 2.232/19 do Conselho Federal de Medicina e a autonomia da mulher gestante. *In*: Faculdade Presidente Antônio Carlos de Mariana. **Sobre Atualidades do Direito 8ª Coletânea de ensaios e artigos**. Mariana: Mariana, 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nações Unidas, 217 (III) A, 1948, Paris. Disponível em: http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/. Acesso em:22 nov. 2020.

BARBARA, Vanessa. De cócoras no país da cesárea: como é difícil ter um parto normal no Brasil. *In*: **Revista Piauí_152**. Piauí, v. 1, n. 152, p. 58-70, maio 2019. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/edicao/152/. Acesso em: 22 nov. 2020.

BARBOSA, Heloisa Helena; LEAL, Lívia Teixeira; ALMEIDA, Vitor. (Orgs.). **Biodireito**: tutela jurídica das dimensões da vida. Indaiatuba: Foco, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais**. 2010. 42 f. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos Humanos. **Recomendação n.º 19, de 10 de outubro de 2019**. Recomenda a revogação do § 2º do art. 5º da Resolução 2232 do Conselho Federal de Medicina de 17/07/2019, que considera abuso de direito a recusa terapêutica manifestada por gestante. São Paulo: MPF, 2019a. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/copy4_of_Recomendaon19RecomendarevogaodaResoluo2232doConselhoFederaldeMedicina.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020

BRASIL. **Constituição de 1934**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Rio de Janeiro: Câmara dos Deputados, 1934. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-1934-16-julho-1934-365196-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 out. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 11.108, de 7 de abril de 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Brasília: Presidência da República, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11108.htm#:~:text=Altera%20a%20Lei%20n%C2%BA%208.080,Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde%20%2D%20SUS.&text=Art.,-19%2DJ. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 11.634, de 27 de dezembro de 2007**. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Brasília: Presidência da República, 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/lei/l11634.htm#:~:text=Lei%20n%C2%BA%2011.634&text=LEI%20N%C2%BA%2011.634%2C%20DE%2027,do%20Sistema%20%C3%9Anico%20de%20Sa%C3%BAde. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde**. s/d. Disponível em: https://covid.saude.gov.br/. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Rede Cegonha. **Fórum Perinatal da Rede Cegonha Região Nordeste: plano de parto**. s/d. Disponível em: https://www.saude.sc.gov.br/index.php/documentos/atencao-basica/rede-cegonha/eventos-2/ii-forum-rede-cegonha-regiao-nordeste/9711-plano-de-parto/file. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher**. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sobre a doença: o que é COVID-19**. s/d. Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. MPF quer revogação de norma que autoriza intervenções médicas sem consentimento das gestantes. *In*: **MPF**, 26 de setembro de 2019b. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/mpf-quer-revogacao-de-norma-que-autoriza-intervencoes-medicas-sem-o-consentimento-das-gestantes. Acesso em: 17 nov.2020.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Recomendação nº 44, de 2019**. Autos nº 1.34.001.007752/2013-81. Inquérito Civil. São Paulo: MPF, 2019d. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/recomendacao-cfm. Acessado em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Organização Pan-Americana da Saúde – OPAS. **Folha Informativa:** Mortalidade materna. OPAS Brasil, 2018. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5741:folha-informativa-mortalidade-materna&Itemid=820#:~:text=A%20mortalidade%20materna%20%C3%A9%20inaceitavelmente,a%20gravidez%20e%20o%20parto. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Portaria n.º 569, de 1º de junho de 2000**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2000/prt0569_01_06_2000_rep.html. Acesso em: 06 dez. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 7.633, de 2014**. Dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FC5A02A39BA310BAB5F927736C3CC295.proposicoesWebExterno2?codteor=1257785&filename=PL+7633/2014. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 7.867, de 2017**. Dispõe sobre medidas de proteção contra a violência obstétrica e de divulgação de boas práticas para a atenção à gravidez, parto, nascimento, abortamento e puerpério. 2017ª. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1568996&filename=PL+7867/2017. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 8.219, de 2017**. Dispõe sobre a violência obstétrica praticada por médicos e/ou profissionais de saúde contra mulheres em trabalho de parto ou logo após. 2017b. Disponível em: Acesso em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2147144. Acesso em: 09 nov. 2020.

BRASIL. Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. **Violência Obstétrica:** parirás com dor. 2012. Disponível em: www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. COVID-19: Gestante busca na Justiça o direito de ter um acompanhante durante o parto: para enfrentar a pandemia, hospital público do litoral proibiu a presença de acompanhantes na instituição. *In*: **TJPR**, 27 abr. 2020. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/covid-19-gestante-busca-na-justica-o-direito-de-ter-um-acompanhante-durante-o-parto/18319?inheritRedirect=false. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3ª Região. **Processo nº 5021263-50.2019.4.03.6100 de 07 de novembro de 2019.** 2ª Vara Cível Federal de São Paulo, 2019c. Disponível em: https://pje1g.trf3.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRENES, Anayansi Correa. História da parturição no Brasil, século XIX. *In*: **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, jun. 1991. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1991000200002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 16 nov. 2020.

CAGNIN, José Guilherme. **A violência obstétrica como produto da racionalidade técnica**. 2016. 48 f. Monografia (Especialização) – Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho". Araraquara: Unesp, 2016.

CARMINATE, Raphael Furtado. **Autonomia privada do testador e direito à legítima:** estudo crítico e propositivo. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2012.

CHAUI, Marilena. Ética e violência. *In*: **Teoria e debate**, 01 out. 1998. Disponível em: https://teoriaedebate.org.br/1998/10/01/etica-e-violencia/. Acesso em: 22 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **CFM fixa norma ética para recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente**. 2019. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28439:2019-09-17-18-32-10&catid=3. Acesso em: 22 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **Resolução 2.217, de 27 de setembro de 2018.** Aprova o Código de Ética Médica. Brasília: CFM, 2018. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf. Acesso em: 18 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **Resolução 2.232, de 16 de setembro de 2019**. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232. Acesso em: 14 nov. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM. **Resolução 2.232, de 16 de setembro de 2019**. Estabelece normas éticas para a recusa terapêutica por pacientes e objeção de consciência na relação médico-paciente. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2232. Acesso em: 18 nov. 2020.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde:** evolução, normatização e efetividade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DA SILVA, Adaiele Lucia Nogueira Vieira *et al*. Plano de parto: ferramenta para o empoderamento de mulheres durante a assistência de enfermagem. **Revista de Enfermagem da UFSM**, v. 7, n. 1, p. 144-151, 2017. Disponível em: https://periodicos.ufsm.br/reufsm/article/view/22531. Acesso em: 04 nov. 2020.

DADALTO, Luciana; PIMENTEL, Willian. Direito à recusa de tratamento: análise da sentença proferida nos autos nº 201700242266 – TJGO. *In*: **IBDCivil**, v. 15, n. 1, 2018. Disponível em: https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/209. Acesso em: 01 nov. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Violência Obstétrica, você sabe o que é?** Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher e Associação Artemis. São Paulo, 2013. Disponível em: https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/Violencia%20Obstetrica.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

DINIZ, Carmen Simone Grilo *et al*. Implementação da presença de acompanhantes durante a internação para o parto dados da pesquisa nacional Nascer no Brasil. *In*: **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 30, supl. 1, 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2014001300020&ln. Acesso em: 16 nov. 2020.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA – FEBRASGO. **Organização Mundial da Saúde (OMS) lança 56 recomendações para tentar diminuir as cesáreas**. 2018. Disponível em: https://www.febrasgo.org.br/pt/noticias/item/402-organizacao%20mundial-da-saude-oms-lanca-56-recomendacoes-para-tentar-diminuirascesareas#:~:text=A%20OMS%20alerta%20que%20a,entre%2010%25%20e%2015%25. Acesso em: 22 nov. 2020.

FERNANDES, Claudio. Transição do Feudalismo para o Capitalismo. *In*: **História do Mundo**, 2020. Disponível em: https://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/transicao-feudalismo-para-capitalismo.htm. Acesso em: 22 nov. 2020.

FIGUEIREDO, Patrícia. Conselho de Medicina inclui gestantes na lista de exceções dos pacientes que podem recusar tratamentos. *In*: **G1**, 26 set. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2019/09/26/conselho-de-medicina-inclui-gestantes-na-lista-de-excecoes-dos-pacientes-que-podem-recusar-tratamentos.ghtml. Acesso em: 22 nov. 2020.

FIGUEREDO, Patrícia Maria *et al*. **A mulher no mundo do trabalho: a conquista de uma emancipação ilusória?** 2006. 104f. Trabalho de Conclusão de Estágio (Bacharel) – Universidade Federal de Santa Catarina.Florianópolis: UFSC, 2006. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/130239. Acesso em: 02 nov. 2020.

FONSECA Rosa Maria Godoy Serpa da. Mulher, direito e saúde: repensando o nexo coesivo. *In*: **Saúde e Sociedade**, v. 8, n. 2, p. 03-32, 1999. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/sausoc/v8n2/02.pdf. Acesso em: 31 out. 2020.

GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker (Orgs.). **Questões da saúde reprodutiva**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.

GOUGES, Olympe de. **Declaração dos direitos da mulher e da cidadã - 1791**. França, Setembro de 1791. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html. Acesso em: 22 nov. 2020.

HOTIMSKY, Sônia Nussenzweig. **A formação em obstetrícia:** competência e cuidado na atenção ao parto. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2007. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-14112007-082030/publico/sonianhotimsky.pdf. Acesso em: 09 nov. 2020.

KRUG, E. *et al*. **Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra: Organização Mundial da Saúde, 2002. Disponível em: https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wp-content/uploads/2019/04/14142032-relatorio-mundial-sobre-violencia-e-saude.pdf. Acesso em: 16 nov. 2020.

LARA, Mariana. **O direito à liberdade de uso e (auto)manipulação do corpo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

LEAL, Maria do Carmo (Coord.). **Nascer no Brasil:** inquérito nacional sobre parto e nascimento. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, 2014. Disponível em: http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/nascerweb.pdf. Acesso em: 07 nov. 2020.

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Gestação de substituição: entre autonomia e vulnerabilidade. *In*: **VirtuaJus**. Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1º sem. 2018. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/article/view/17477/17477-64984-1. Acesso em: 22 nov. 2020.

MARTINS, Ana Paula Vosne. **Visões do feminino:** a medicina da mulher nos séculos XIX e XX. Rio de Janeiro: Fio Cruz, 2004.

MÉXICO. Câmara de Diputados. **Boletin n.º 5462**. Aprueba Comisión incorporar en la ley el concepto de violencia obstétrica. 2015. Disponível em: http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2015/Abril/16/5462-Aprueba-Comision-incorporar-en-la-ley-el-concepto-de-violencia-obstetrica. Acesso em: 10 nov. 2017.

MOREIRA, Nathália Vieira. **A violência obstétrica no ordenamento jurídico brasileiro.** 2018. 42 f. Monografia (Especialização) – Universidade Federal de Ouro Preto. Ouro Preto: Ufop, 2018.

MUNIZ, Beatriz Maia de Vasconcelos; BARBOSA, Ruth Machado. Problematizando o atendimento ao parto: cuidado ou violência? *In*: **Memorias Convención Internacional de Salud Pública**, Cuba, Havana, 2012. Disponível em: http://www.convencionsalud2012.sld.cu/index.php/convencionsalud/2012/paper/download/744/321. Acesso em: 11 nov. 2020.

NASCER DIREITO. Coletivo Nacional de Advogadas e Profissionais da Assistência Ao Parto. **Nota técnica conjunta:** direito do acompanhante e sua violação em tempos de pandemia do covid-19. 2020. Disponível em: https://nascerdireito.com.br/?p=565. Acesso em: 22 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) - 1946**. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. **Declaração da OMS Sobre taxas de Cesáreas**. s/d. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf;jsessionid=938698A0A5BAF1E8D1DAAC745989D25D?sequence=3. Acesso em: 11 nov. 2020

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE – OMS. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde**. 2014. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;jsessionid=5655AB1A15864C679372820CF4AE6413?sequence=3. Acesso em: 31 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE – OPAS. **Folha informativa COVID-19:** Escritório da OPAS e da OMS no Brasil. OPAS Brasil, 2020. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19. Acesso em: 22 nov. 2020.

PINOTTI, José Aristodemo. **Saúde da mulher**. São Paulo: Ed. do autor, 2004.

PONTES, Monise Gleyce de Araujo *et al*. Parto nosso de cada dia um olhar sobre as transformações e perspectivas da assistência. *In*: **Revista de Ciências da Saúde Nova Esperança**. João Pessoa, v. 12, n. 1, jun. 2014. Disponível em: http://www.facene.com.br/wp-content/uploads/2010/11/Parto-nosso-de-cada-dia.pdf. Acesso em: 06 nov. 2020.

RATTNER, Daphne**.** Humanização na atenção a nascimentos e partos: breve referencial

teórico. *In*: **Interface** – Comunicação, Saúde, Educação. Botucatu, v. 13, supl. 1. 2009. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832009000500011&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 21 nov. 2020.

SEIBERT, Sabrina Lins *et al*. Medicalização x Humanização: o cuidado ao parto na História. *In*: **Revista Enfermagem UERJ**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, maio/ago. 2005. Disponível em: https://www.asamigasdoparto.org/single-post/2019/03/31/MEDICALIZA%C3%87%C3%83O-x-HUMANIZA%C3%87%C3%83O-O-CUIDADO-AO-PARTO-NA-HIST%C3%93RIA. Acesso em: 06 nov. 2020.

SIERAKOWSKI, Ana Paula de Castro *et al*. **Tessituras despatriarcais na contística de Kate Chopin e de Marina Colasanti**. 2020. 213f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Oeste do Paraná. Cascavel: Unioeste, 2020. Disponível em: http://tede.unioeste.br/handle/tede/4786. Acesso em: 05 nov. 2020.

SILVA, Sílvia Elaine da. **Violência Obstétrica:** uma violação aos Direitos Humanos da Mulher. 2017. 117 f. Monografia (Especialização) – Universidade Estadual de Ponta Grossa. Ponta Grossa: UEPG, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A travessia da autonomia da mulher na pós-modernidade: da superação de vulnerabilidades à afirmação de uma pauta positiva de emancipação. *In*: **Pensar**, v. 23, n. 3, 2018. Disponível em: https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/7777. Acesso em: 22 nov. 2020.

VASCONCELOS, Aline. **Nem a Covid-19 tira**: grávidas tem o direito a acompanhantes. In: Peita.me, 11 maio 2020. Disponível em: https://peita.me/blogs/news/nem-a-covid-19-tira-gravidas-tem-o-direito-a-acompanhantes-por-aline-vasconcelos. Acesso em: 22 nov. 2020.

O ZELOTE E SUA SOMBRA: NOTAS SOBRE TEOLOGIA POLÍTICA

Ramon Mapa da Silva[35]

RESUMO:
Se o problema político fundamental é a separação entre amigo e inimigo, a teologia política, com suas analogias entre conceitos teológicos e conceitos políticos, inscreve o problema da violência política em um sentido metafísico compreensível apenas através do recurso ao conhecimento teológico. Dessa forma, questões como o fim da estatalidade, a ordem política e a soberania, são postas como análogas ao apocalipse, à força que detém o fim do mundo e à exceção política.

Palavras-chave: Teologia Política, Violência, Modernidade, Metafísica, Carl Schmitt.

ABSTRACT:
If the most important political problem is the division between friend and foe, the political theology, with its analogies between theological and political concepts, puts the problem of the political violence in a metaphysical sense that is understandable only through the theological knowledge. In this way, issues as the end of statehood, the political order and the sovereignty are posed as analogous to the Apocalypses , to the force that holds the End of the World and to the political exception.

Keywords: Political theology, Violence, Modernity, Metaphysics, Carl Schmitt.

Introdução:

Donoso Cortés vê a Grande Contenda, a luta entre o Bem e o Mal nos fins dos tempos, como a última questão política. Via, em sua época o início dessa luta, ao apontar na Anti-Teologia Política de Proudhon e Bakunin, e no fortalecimento da ideia de humanidade, exemplos da vinda do anticristo. A partir da análise de Carl Schmitt desse momento histórico, do pensamento contrarrevolucionário e da doutrina anarquista, verifica-se o surgimento de

[35] Doutor pela UFMG, Mestre pela PUC-Minas, Professor na UNIPAC Itabirito.

uma nova forma de teologia política na modernidade, uma teologia política que precisa lidar com a sua forma moderna, sobretudo aquela surgida a partir de Hobbes, que se focava essencialmente no direito divino dos reis e que pouco se preocupava com o problema da violência política, questão fundamental da política moderna. Essa compreensão é essencial para entendermos a crítica à violência política atual, de autores como Agamben e Negri.

O objeto do presente artigo compreende, assim, a formação de uma nova forma de Teologia Política na Modernidade, distinta em suas análises das questões fundamentais da política, tais quais o problema da violência e o da soberania. É na obra de autores pertencentes contrarrevolucionários, como Donoso Cortés e Josef de Maistre, que a analogia entre a substância política e a substância teológica, nos dizeres de Schmitt, se torna um objeto de análise e de proselitismo político. Não eram textos voltados, unicamente, para a compreensão de certo fenômeno político, mas, que objetivavam, abertamente, a modificar a realidade política que se construía na esteira da Revolução Francesa. Saudosos de um mundo que não mais existia, esses autores condenavam os ideais de igualdade e democracia como sintomas de uma decadência política e social reversível apenas pela restauração da ordem política personalista e monárquica.

A teologia política, nesses casos, é utilizada mais para realizar uma apologia do poder soberano do que sua análise. Se Schmitt é influenciado, profundamente, pela obra desses autores, e, não esconde sua simpatia por algumas de suas ideias mais radicais, a sua abordagem do problema é, simultaneamente, mais racional e mais analítica do que a deles. Lidando, na esteira de Donoso Cortés, com a Anti-Teologia Política de alguns pensadores anarquistas, como Bakunin, que em sua oposição à relação entre a Religião e o Estado acaba por enveredar na teologia política ao se utilizar da figura de Satanás como o adversário de toda autoridade e o primeiro livre pensador, Schmitt retoma e ressignifica o ideal do soberano como *imago Dei* na Terra, decidindo pelo estado de exceção, como Deus decide pelo milagre.
Para Schmitt, a ideia central da obra de Thomas Hobbes, a quem via como "um espírito aparentado" (BALAKRISHNAN, 2000, p.223) está na frase *Jesus is the Christ* (SCHMITT, 1996, p.50). Ainda que periférica na obra de Hobbes, esta frase representaria a continuidade entre a Igreja Católica e o Estado, no sentido de que o Estado mantém a ordem política criada pela Igreja Católica, baseada em uma concepção política não utópica. A crença de que Cristo é o Messias e que cabe aos cristãos esperar seu retorno no fim dos tempos, tende a impedir que os cristãos desenvolvam qualquer utopia em relação a esse mundo. Eles sabem que a vinda de Cristo representa que o mundo da carne e do escândalo, o mundo da exterioridade,

está no fim, e por isso não nutrem esperanças em relação a ele. O Estado, segundo Schmitt, seguiria essa visão não utópica da realidade, criando uma ordem política para manter o mundo até que o Messias retorne e supere tudo, inclusive a própria necessidade de Estado. Na sua análise do *Katechon,* (SCHMITT, 1979, p. 19) a força que detém o fim do mundo, Schmitt diz que os Estados do Direito Público Europeu funcionam como essa força que detém a vinda do anticristo e atrasa o fim dos dias, para que ele ocorra de acordo com os planos de Deus e não seja antecipado por nossa sanha destrutiva.

Mas, é importante lembrar que, assim como a Igreja Católica, que se desenvolve como um *complexo opositorum,* os Estados só fazem sentido para Schmitt como uma unidade na pluralidade, ou seja, sem criar a ilusão de uma igualdade geral e irrestrita entre todos os homens, se afastando completamente da noção moderna de humanidade. Essa noção de humanidade é a responsável, segundo Schmitt, pelo enfraquecimento da separação entre amigo e inimigo, e, portanto, pelo fim da estatalidade. Se o conceito de Estado pressupõe o conceito de político, fincado na dicotomia amigo/inimigo, com o fim dessa dicotomia os Estados morrem.

Tal problema se encontra como uma linha, ainda que muito sutil, que une toda a obra de Schmitt e confere um peso muito grande aos tópicos de teologia política enfrentados por ele. Sua relação com o pensamento teológico é parte também de sua oposição ao tecnicismo que tomou conta do pensamento no fim da modernidade. Segundo ele, a racionalidade teológica é uma racionalidade mais completa, porque lida com aspectos que a razão técnica insiste em ignorar. A teologia é, para Schmitt, um pensar substancial, em oposição às demais ciências que, contaminadas pela técnica, se transformaram em uma racionalidade formal. Schmitt trabalha com a comparação de duas substâncias: a substância teológica e a substância política.

A unidade prometida pela ideia de humanidade, fundada na igualdade entre todos os homens é, pelo viés teológico político de Schmitt, um prenúncio do fim do mundo. A unidade real só existiria no Reino dos Céus, qualquer tentativa de instituí-la na Terra é uma oposição a Deus e uma vitória de Belzebu, cujo reino, lembra Schmitt, também é uno, mas ligado à carne e ao mundo. Teologicamente, o conceito de humanidade está ligado à concepções distantes das professadas pelo cristianismo. Elas esboçam uma visão utópica desse mundo, acreditando ser possível um paraíso na Terra.

Contra a revolução

Schmitt é tratado, às vezes, como o último e mais importante bastião da chamada Revolução Conservadora. Os autores reunidos sob esse nome, Donoso Cortés, De Maistre, Bonald, defendem um retorno a uma forma política pré-Revolução Francesa, e criticam as ideias modernas e iluministas como decadentes e pervertidas. Como oposição a esse decadentismo político, a Revolução Conservadora propõe um verdadeiro *corpus* político teológico, baseado na forma jurídica da Igreja Católica e na moral cristã. Cortés chega a dizer que o fim dos impérios políticos e dos Estados se dá pelo afastamento da verdade de Jesus como o Messias e De Maistre prega que, longe dos valores e da razão teológica, a política moderna nada mais é que um "bando de cegos guiado por um cego". (SCHMITT, 2006)

A influência que a Revolução Conservadora exerceu sobre Carl Schmitt é inegável. Ela não transparece apenas na obra dedicada ao tema, *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation,*que reúne textos schmittianos de várias épocas sobre o tema, mas na problematização do conceito de humanidade, central tanto na obra de Schmitt quanto na de Cortés, e questão latente em todos os autores da Revolução Conservadora e na ameaça que a igualdade entre todos os povos representa para a manutenção dos Estados. É também a partir da análise de Cortés que Schmitt reconhece a impossibilidade das monarquias na modernidade e passa a defender que a ditadura por aclamação popular é a herdeira legítima dos governos monárquicos. Todo o decisionismo não normativo que surge na obra de Schmitt, desde *A Ditadura*, atravessando *O Conceito do Político* e chegando às *Três Formas de se Pensar a Ciência do Direito,* tem como influência decisiva a obra dos autores da Revolução Conservadora.

Como já foi dito, todas essas categorias se enlaçam a problemas teológicos. À utopia da humanidade e da paz perpétua que adviria de seu cosmopolitismo Schmitt atrela uma interpretação escatológica do fim dos tempos, que prevê um paraíso na Terra, própria, segundo ele, do Judaísmo. Utilizando-se de Paulo e das leituras dos revolucionários conservadores, também identifica a "falsa segurança" trazida pela vitória da ideia de humanidade como um prenúncio da vinda do anticristo. Schmitt analisa, também, a questão da bipolaridade do mundo durante a Guerra Fria como a *Grande Contenda* entre o Bem e o Mal, anunciada por Donoso Cortés (SCHMITT, 1996). Para isso Schmitt expõe o pensamento anarquista como um pensamento anti-teológico, que se posiciona como adversário da política conservadora mesmo no campo metafísico. Seus estudos sobre Bakunin e a influência do pensamento anarquista nas ações e teorias de Lênin, levam em conta a crítica feia por esses da

relação entre a Igreja e o Estado e a perspectiva anarquista de Satanás como o primeiro livre pensador e eterno revoltado contra a autoridade.

Da mesma forma que Marx segue o burguês até o campo da economia para combatê-lo em seu território, os anarquistas seguem os detentores da autoridade até o campo da teologia, para tentar vencê-los onde eles mais se sentem fortes. Há uma forte assunção de uma real inimizade política entre eles. Isso não só converte a questão política em uma questão teológica, mas também confere ao problema da inimizade política um status de problema último e definitivo. O conflito final entre o Bem e o Mal.

Entendemos que o resgate que se tem feito da Teologia Política, e seu uso como forma legítima de compreender a situação política atual deve enfrentar, necessariamente, o momento histórico em que essas teorias foram formadas. Para isso, o retorno ao pensamento teológico político da Revolução Conservadora, a Anti-Teologia anarquista e a análise que Schmitt realiza disso tudo é fundamental.

No geral, a *Teologia Política I* é tratada como o núcleo dos conceitos teológicos que foram abordados por Schmitt, e o problema da soberania, que transcende de sua análise da Exceção, é apontado como o centro de seu pensamento. Entretanto, toda obra de Schmitt é tocada por questões teológicas. Como já foi dito, Schmitt entende a teologia como uma racionalidade superior à racionalidade técnica, essencialmente formal e vazia. Sua percepção de que a ciência precisa da teologia para poder lidar com certos objetos se assemelha em alguns pontos com as ideias de Joseph De Maistre, que em sua feroz oposição à racionalidade iluminista entendia como o "pecado central do pensamento moderno" (SPEKTOROWSKI, 2007, p. 284) a crença de que "o mundo poderia ser compreendido pela mente humana soberana" (SPEKTOROWSKI, 2007, p.284). Para De Maistre tal pecado contribuiria profundamente para o fim dos laços sociais na Europa ao promover um "desvio da injunção divina da sociedade" (SPEKTOROWSKI, 2007, p.284). É certo que Schmitt compartilha a concepção da razão moderna como uma razão pervertida. Já em *O Romantismo Político*, escrito entre 1917 e 1918 e publicado em 1919, vemos Schmitt criticar a relação entre romantismo e iluminismo, e sua crença ingênua em uma bondade natural do homem. A tese de *O Romantismo Político* é a de que a ligação entre iluminismo e romantismo acabou por sacralizar a individualidade e preterir fortemente a vida em comunidade. Schmitt critica tal postura, dizendo que o subjetivismo que dela decorre foi capaz de transformar "inimigos da civilização", como Saladino, em heróis, uma vez que o que interessa ao público romântico é o desenvolvimento do drama e da subjetividade, tudo mais é relativo. Em a *Visibilidade da*

Igreja, Schmitt diz que somente a forma jurídica, inspirada na Igreja Católica e no conceito teológico do *pan rema* (a lei de Deus) é capaz de destruir tudo o que é individual.

> Tudo o que é legal nesse mundo destrói tudo o que é individual. A afirmação de que todos os homens são iguais perante a lei tem a precisão de um julgamento analítico, e assim, ao revés, uma lei pode ser definida como aquilo pelo qual a igualdade existe. (...)
> Perante Deus, o homem é nada. Mas somente no mundo ele é verdadeiramente sem esperança. Nenhum legislador seria tão sábio e tão benevolente para salvar o homem das consequências da ilegalidade mundana. Mas Deus o salva nesse mundo através de uma fabulosa agitação em que funda toda legalidade em cada palavra que procede de sua boca. (SCHMITT, 1996, p. 50)

Em sua análise da obra dos revolucionários conservadores, em um dos corolários da *Teologia Política I*, Schmitt diz que o caracteriza o pensamento desses autores é justamente a ideia de que o homem é um ser tão miserável que precisa de salvação. Ao tratar de Donoso Cortés menciona que seu menosprezo pelo ser humano é tão grande que beira a loucura. Schmitt acha interessante o fato de que, a partir de concepções radicalmente distintas, conservadores e anarquistas cheguem ao mesmo ponto. Para os revolucionários conservadores, o homem é naturalmente mal, corrompido pelo pecado original. Por isso mesmo ele necessita de comando, direção, controle. A maldade inerente ao homem traz a necessidade de uma decisão autoritária, soberana e indiscutível. Toda autoridade é soberana. Os anarquistas concordariam com essa afirmação, apesar de entenderem o homem como naturalmente bom, livre e capaz de viver em uma ordem naturalmente moral. O que corrompe o homem é justamente a autoridade. Para o anarquista toda autoridade é soberana e deve, portanto, ser destruída.

Não à toa, Bakunin entende como uma das estratégias da sua obra o "disseminar Satã", esse primeiro revoltado, opositor da autoridade suprema. Em Deus e o Estado e em outros textos, o anarquista russo chama atenção para a natureza caprichosa de Deus e trata a oposição satânica como um ato heroico e verdadeiramente preocupado com a felicidade humana. Ele acaba se embrenhando no pensamento teológico e se tornando, segundo Schmitt, o "teólogo de uma anti-teologia e o ditador de uma anti-ditadura" (SCHMITT, 2006)

Outro ponto fundamental da teologia política de Schmitt é a ideia de *Katechon*, visitada em um artigo de 1942, *Aceleradores Involuntários* e em *O Nomos da Terra,* de 1950, que confere unidade conceitual às referências teológicas de Schmitt. É a partir desse conceito, utilizado primeiramente pela preocupação de Schmitt com a *translatio imperi,* fruto da Segunda Guerra Mundial, que a questão da ordem política internacional se torna o ponto

principal da análise schmittiana. Mesmo o problema da soberania, ou do conceito do político fundado na separação entre amigo e inimigo, passam a orbitar o problema da ordem política.
Schmitt empresta o termo *Katechon* da Segunda Epístola de Paulo aos Tessalonicenses. A epístola, uma admoestação aos fiéis da Igreja de Tessalônica para que não desistissem da vida esperando o Messias, mas que continuassem realizando as tarefas cotidianas sem nelas projetar seu espírito e esperança, é marcada por um profundo tom apocalíptico. Em certa passagem Paulo menciona que antes do fim do mundo chegar o "que o detém" é preciso ser retirado. Essa expressão "o que detém" em grego é *Katechon*. Esse "selo" que detém o fim do mundo para que o mesmo se desfralde apenas no momento apropriado. É um retentor do tempo histórico.

Na primeira vez que Schmitt recorre à analogia do *Katechon*, ele o faz sob um viés negativo. Em *Aceleradores Involuntários*, o *Katechon* é tratado como um retentor do progresso, do avançar histórico até o reino do Messias. A Inglaterra, uma nação que defendia tudo que era débil e doente, segundo Schmitt, era um *Katechonte*, da mesma forma, os Estados Unidos da América, que se viam como pretendentes legítimos ao comando do mundo que um dia fora da Inglaterra, herdariam essa função. Contudo, esses *retentores* da história terminavam por promover seu avanço, uma vez que forçavam nações progressistas, como a Alemanha, a acelerar o progresso histórico. Daí a alcunha de *aceleradores involuntários*.
É uma análise da mudança no comando do mundo e da história, marca de uma guerra mundial. Schmitt se embrenha no problema da *translatio imperi* e se interroga sobre a importância da entrada dos Estados Unidos na guerra marítima, já que na guerra terrestre a Alemanha parecia estar ganhando.

Conclusão

O conceito de *Katechon* ainda precisaria ser revisitado por Schmitt para adquirir sua forma definitiva em seu pensamento. Contudo, mesmo essa análise inicial está liga à preocupações do Professor de Pletenberg sobre a ordem política. É preciso lembrar que, após sua expulsão do partido nazista e de todos os problemas acarretados por sua filiação, Schmitt deixou de lidar com questões políticas domésticas e passou a se interessar pela ordem política internacional e do problema do *Jus Publicum Europeaum*. Da mesma forma que, em sua análise da substância política, Schmitt parte do pressuposto da separação entre amigo e inimigo, em sua análise da ordem internacional ele parte da oposição entre Terra e Mar (*Land*

und Mer). Parafraseando Marx, Schmitt diz que a história até hoje sempre foi a história da luta entre potências terrestres e potências marítimas. Schmitt tenta inscrever o problema político em algo muito maior, na luta última entre bem e mal ou Deus e Belzebu. A condenação dos cristãos primitivos do mar como potência satânica aparece em *O Nomos da Terra*. O que se coloca então é como a política e, particularmente, os Estados, podem ser instrumentos para a manutenção da ordem. O Estado, "o portador da legalidade, que realiza esse milagre de uma revolução pacífica" (SCHMITT, 1985, p.06)

Novamente anarquistas e conservadores chegam ao mesmo ponto por caminhos distintos. Ambos vêm o Estado como herdeiro da Igreja Católica, uma força da ordem secularizada. Para os conservadores, quanto mais próximo se mantiver o Estado da estrutura da Igreja, melhor. Para os anarquistas é justamente daí que provém o autoritarismo irrefreável dos Estados, e justamente por isso se justifica sua condenação e destruição.

Até Hobbes, a teologia política possuía uma tese central a defender e justificar, a do direito divino dos reis. A partir de Hobbes essa perspectiva muda e uma variedade de problemas, como a própria natureza da soberania e da autoridade, o direito de resistência popular, a guerra civil, passam a ser compreendidos por uma análise teológico política.

A teologia política moderna desemboca, na contemporaneidade, na problematização da violência política. Partindo de Carl Schmitt e Walter Benjamin, autores como Agamben pesquisam o significado da violência política e a possibilidade de emancipação humana em uma realidade prenhe dessa violência.

A teologia política contemporânea é um desenvolvimento da teologia política moderna, mas que opera uma radical mudança de perspectiva. Há de se destacar três, assim, momentos da teologia política: em um primeiro momento, a teologia política busca fundamento para o direito divino dos reis, na modernidade sua preocupação já é a justificação da soberania e da decisão, bem como o problema da violência política e, nesse terceiro momento, o da contemporaneidade, a violência política continua sendo o problema central, mas da perspectiva do oprimido que indaga sobre as possibilidades de liberdade dentro de um mundo moldado por essa violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

ALONSO, Marta García. **Carl Schmitt o la impossibilidade de una política secularizada**. Madrid: UNAM, 2005.

ARAGÓN, Manuel. Leer, Hoy, a Carl Schmitt. In SCHMITT, Carl. **Sobre el parlamentarismo**.Madri: Editorial Tecnos S.A, 1996, p.ix-xxxvi.

BAKUNIN, Michael Alexandrovich. **Textos Anarquistas.** Porto Alegre: L&PM, 2008.

BALAKRISHNAN, Gopal. **The enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt.** London: Verso,2000.

BENJAMIN, Walter. Zur Kritik der Gewalt. In: Walter Benjamin **Gesammelte Schriften**, Frankfurt a.M: Suhrkamp, v. II.1. 1999, p. 179-204

BENJAMIN, Walter. Crítica da Violência – Crítica do Poder In: **Documentos de Cultura Documentos de Barbárie (escritos escolhidos)**. São Paulo: Editora Cultrix, 1986, p.160 175.

BERCOVICI, Gilberto. Carl Schmitt e a tentativa de uma revolução consevadora. In: ALMEIDA, Jorge; BADER, Wolfgang (orgs). **Pensamento Alemão no Século XX**. São Paulo: Cosacnaif, 2009, p. 69-96.

BRAVO, Ramón Campderrich. **Derecho, Política y Orden Internacional en la obra de Carl Schmitt.** Madrid, 2006.

CORTÉS, Juan Donoso. **Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo, considerados en sus principios fundamentales**. Madrid: Imprenta de la Publicidad, 1851.

FERREIRA, Bernardo. O nomos e a lei, considerações sobre realismo político em Carl Schmitt. **Revista Kriterion**. n. 118, Belo Horizonte: UFMG, 2008, p. 327-366.

GALVÃO JR. João C. **Passagens dos Cristãos (Do fascismo em Schmitt e Lacan)**. Rio de Janeiro: UFF, 2008.

GARCÍA, Antônio Regalado. The Counterrevolutionary Image of the World. In: **Yale French Studies**, n.39, Yale: Yale University Press, 1967.

GHETTI, Pablo Sanges. **Direito e Democracia sob os Espectros de Carl Schmitt: Contribuição à Crítica da Filosofia do Direito de Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

HERRERO, Montserrat. Estudio Preliminar. In: SCHMITT, Carl. **Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica**, Madrid: Editorial Tecnos S.A., Espanha, 1996.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1999.

MCCHARTY, Thomas. Series Editor's Foreword. In: SCHMITT, Carl. **The Crisis of Parliamentary Democracy**. Massachusetts, and London: The MIT Press, Cambridge, 2000, p. viiviii.

MCCORMICK, John P. **Carl Schmitt's Critique of Liberalism Against Politics as technology**.London: Cambridge University Press, 1997.

ROSSI, Luis Alejandro. «El mito más fuerte reposa sobre lo nacional»: Carl Schmitt, Georges Sorel y *El concepto de lo político*. In: **Revista Internacional de Filosofía Política**, Buenos Aires: RIFP, 1999, p.147-166.

SCHMITT, Carl. Coloquio sobre el poder y sobre el acceso al poderoso. In: **Estudios y Notas**, Madrid, 1969.

SCHMITT, Carl. **El crimen de Guerra de agresión en el Derecho Internacional y el principio nullum crimen nulla poena sine lege**, Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

SCHMITT, Carl. **The Crisis of Parliamentary Democracy**. Massachusetts, and London: The MIT Press Cambridge, 2000.

SCHMITT, Carl. **Sobre el parlamentarismo**. Madri: Editorial Tecnos S.A, 1996.

SCHMITT, Carl. Foreword to Hamlet and the Scottish sucession. In: **Telos Special Issue: Carl Schmitt´s Hamlet or Hecuba: The intrusion of time into the play**. New York: Telos Press Publishing, 2010, p.164-177.

SCHMITT, Carl. **Hamlet or Hecuba: The irruption of time into play.** Oregon: Plutarch Press, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **Sobre los três modos de pensar la ciencia jurídica**. Madrid: Editorial Tecnos, S.A, 1996.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editoria S.A., 1996.

SCHMITT, Carl. **Roman Catholicism and Political Form/The Visibility of Church**. London: Greenwood Press, 1996.

SCHMITT, Carl. **The Leviathan in State Theory of Thomas Hobbes: meaning and failure of a political symbol**. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **Estructura del Estado y Derrubamiento del Segundo Reich, La vitoria Del Burgués sobre el Soldado**. Madrid: Editorial Reus, 2006.

SCHMITT, Carl. **O conceito do Político/Teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SCHMITT, Carl. **The Concept of the Political**. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

SCHMITT, Carl. **Donoso Cortés, Interpretato in Una Prospettiva Paneuropea**. Milão: Adelphi Edizioni, 1996.

SCHMITT, Carl. **El Nomos de la Terra**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. **La Dictadura**. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

SCHMITT, Carl. **Escritos de Política Mundial.** Buenos Aires: Ediciones Heracles**,** 1996.

SCHMITT, Carl. **Ex Captivitate Salus, Esperienze Degli Anni 1945-47**. Milão: Adelphi Edizione, 2005.

SCHMITT, Carl. **La Revolución Legal Mundial**, Plusvalía Política como Prima sobre Legalidad Jurídica y Supralegalidad. Buenos Aires: Agora, 1985.

SCHWAB, George. Carl Schmitt: Political Opportunist? In: **Intellect**. v 103, n. 2363, 1975.

SCHWAB, George. Foreword. In: SCHMITT, Carl. **The Leviathan in State Theory of Thomas Hobbes: meaning and failure of a political symbol**. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, p. xxx-xlv.

SPEKTOROWSKI, Alberto, Maistre, Donoso Cortés and the Legacy of Catholic Authoritarianism, *in* **Journal of the History of Ideas**, University of Pensilvania Press, Pensilvania, 2002, p. 283-302.

TAUBES, Jacob. **Die Politische Theologie des Paulus**. München: Wilhelm Fink Verlag, 2003.

TRUYOL E SERRA, Antonio. **Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado – De los orígenes a baja Edad Media**. Madrid: Revista del Occidente.

ULMEN, G.L. Introduction. In: SCHMITT, Carl. **Roman Catholicism and Political Form/The Visibility of Church**. London: Greenwood Press, 1996, p. vii-xxxvii.

ZIZEK, Slavoj; SANTNER, Eric. L.; REINHARD, Kenneth. **The neighbor: three inquires in political theology.** Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

BALAKRISHNAN, Gopal. **The enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt.** London: Verso,2000.

SCHMITT, Carl. **Roman Catholicism and Political Form/The Visibility of Church**. London: Greenwood Press, 1996.

SCHMITT, Carl. **El Nomos de la Terra**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

SCHMITT, Carl. **Donoso Cortés, Interpretato in Una Prospettiva Paneuropea**. Milão: Adelphi Edizioni, 1996.

SCHMITT, Carl. **La Revolución Legal Mundial**, Plusvalía Política como Prima sobre Legalidad Jurídica y Supralegalidad. Buenos Aires: Agora, 1985.

SPEKTOROWSKI, Alberto, Maistre, Donoso Cortés and the Legacy of Catholic Authoritarianism, *in* **Journal of the History of Ideas**, University of Pensilvania Press, Pensilvania, 2002, p. 283-302.

O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: Análise da ADI 3510

Ana Carolina Fernandes Pereira Ferreira Bernardes [36]
Mariana Karla de Faria [37]

Resumo

O controle de constitucionalidade constitui o modo de verificação da adequação entre as normas infraconstitucionais e a Constituição. Assim, o ato legislativo, normativo ou administrativo que contrarie a Constituição é considerado inconstitucional. Portanto, o controle de constitucionalidade é o mecanismo que protege a Constituição daqueles que a ferem, cujo resultado, é a extirpação do ato normativo inconstitucional do ordenamento jurídico. Buscou-se, no presente artigo, apresentar o modelo constitucional do processo nas ações constitucionais, sob a perspectiva das garantias constitucionais da Jurisdição e sua prevalência sobre as normas estruturadoras e organizacionais do Poder Judiciário. A metodologia adotada foi dedutiva pois a partir da análise teórica pode-se perceber a necessidade da comparticipação das partes na concretização do provimento judicial como ocorrido na ADI 3510, em observância à Teoria Constitucionalista do Processo.

Palavras-chave: Controle de Constitucionalidade. STF. Jurisprudência. ADI 3510. Processo Constitucionalizado.

1. INTRODUÇÃO

O controle de constitucionalidade, no contexto do Direito Constitucional, tem relevante valor na medida em que visa assegurar a força normativa da Lei Magna, diante da atuação das Funções do Estado. O atual procedimento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal,

[36] Mestranda em direito na área de Direito Político na Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: anacarolinabernardess@gmail.com
[37] Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, na área de Direito Político. Advogada. Extensionista no Grupo CRIM UFMG e pesquisadora no Grupo de Pesquisa sobre o Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. E-mail: mariana.karla12@gmail.com

denominado “processo objetivo”, merece séria crítica e necessário aperfeiçoamento, para se adequar ao já não muito novo, mas, ainda, inobservado, sistema processual constitucional, adotado pela Constituição da República de 1988, onde seu regramento impõe a supremacia das Garantias Jurisdicionais, sobre as demais normas infraconstitucionais. Portanto, não há que se falar em procedimento que não seja aquele realizado sob o marco teórico do processo em contraditório, com simétrica igualdade participativa das partes, na construção do provimento; ficando ao juiz a função de garantidor da observância das regras fundamentais constitucionais relativas à Jurisdição.

2. BREVE HERMENÊUTICA SOBRE O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE E ROTEIRO DA AÇÃO

Em nosso Ordenamento Jurídico existem duas modalidades de controle de constitucionalidade, o concentrado e o difuso. Nesse trabalho, nos interessa o modelo concentrado de constitucionalidade.

No debate ocorrido na primeira metade do século passado entre Hans Kelsen e Karl Schimitt surge a teoria Kelsiana sobre o controle de constitucionalidade, segundo a qual a constituição é a base de todas as normas, é fundamento do Estado e se desrespeitada por uma lei, essa deve ser declarada inconstitucional.

Em um segundo momento essa discussão é sobre qual órgão deveria ser o responsável por esse controle de constitucionalidade. Para Schimitt apenas o Poder Executivo pode ser o Guardião da Constituição, pois somente ele é dotado dos poderes discricionários previstos no artigo 48 da Constituição de Weimar e seria capaz de tomar decisões necessárias para tal controle. Já Kelsen acredita que é necessário um órgão independente, não vinculado a qualquer outro e criado diretamente da Constituição para anular as normas incompatíveis com o sistema Constitucional.

Então, o Controle Concentrado foi idealizado por Hans Kelsen, ao conceber a competência a um órgão único para aferição da constitucionalidade da lei ou ato normativo.

A par dos diversos jus filósofos que escreveram sobre o controle de constitucionalidade no século passado, a exemplo de Kelsen e Schimitt, destaca-se a justificação procedimental de Habermas, em outro importante debate da filosofia constitucional - a discussão entre Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

Dworkin privilegia os princípios constitucionais historicamente conseguidos, enquanto Habermas assenta a democracia no agir comunicativo.

A Teoria Discursiva de Habermas é fundamental para a análise do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade, uma vez que, para ele, a função do direito na democracia é assegurar as condições necessárias para que a própria comunidade interprete e concretize os ideais da constituição. Trata-se de uma cidadania ativa (Ferreira, p. 21)

A Professora Cíntia Garabini Lages, nos diz que o mencionado Doutrinador Alemão busca estabelecer uma relação de complementariedade entre a autonomia pública e privada:

> A questão central que Habermas busca equacionar diz respeito a legitimidade do direito positivo moderno, que por sua vez, encontra raiz, à luz do paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, no nexo de complementariedade entre a autonomia privada e a pública, fundadas respectivamente, nos direitos fundamentais e na soberania popular. (LAGES, 2016, p. 162)

Na busca da racionalidade das decisões judiciais, Habermas analisou três teorias do Direito: a hermenêutica, o realismo e o positivismo jurídico, mas não logrou êxito, recorrendo à Teoria de Ronald Dworkin, que ultrapassa a compreensão dessas três teorias.

Dworkin apresenta a Teoria da integridade para "satisfazer os pressupostos da segurança jurídica e aceitabilidade racional das decisões jurisdicionais, através de um importante elemento, a interpretação." (LAGES, 2016, p. 168).

Assim, a racionalidade das decisões independe de convenções específicas (Convencionalismo), ou de ações livres, entretanto, vinculam-se a interpretações arrojadas e palpáveis da realidade jurídica que integra. "Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade". (LAGES, 2016, p.169).

Atualmente, o procedimento adotado pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade está calcado no chamado "processo objetivo", que, sob o argumento da Supremacia da Constituição, se utiliza do procedimento contido no Regimento Interno, Lei 9868/99, em detrimento da Jurisdição Constitucional.

O Controle Concentrado de Constitucionalidade, portanto, encontra-se regulado pelo artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil – CR e no Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal - STF, Lei 9868/99, artigos 169/178, instituindo o seu exercício, além de apresentar o rol dos legitimados (artigo 103 CR) à propositura da respectiva Ação.

O Procedimento da Ação do Controle de Constitucionalidade inaugura-se com a petição inicial, devendo ser acompanhada da cópia da lei ou do ato normativo, objeto de questionamento. A referida ação deve ser fundamentada, sob pena de ser impugnada de plano pelo relator. Fica a cargo do relator requerer informações às autoridades da qual emanou o ato, para estabelecer um aparente "contraditório". Levando em consideração a relevância da matéria e a representatividade dos requerentes; o relator poderá ouvir órgãos ou entidades. Se for necessário esclarecimento acerca da matéria, há possibilidade de designação de peritos para emissão de pareceres referentes a questão ou autoridades no assunto.

O Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República devem se manifestar nos autos. Quando houver pedido de medida cautelar, só poderá haver concessão pela maioria absoluta dos ministros que compõem o Tribunal, ou seja, por 6 votos. Somente em casos de excepcional urgência, a cautelar poderá ser deferida sem que sejam ouvidas as autoridades de quem emanou a lei. Uma vez proposta a ação, não se admite desistência.

O veredito sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei somente será tomada se estiverem presentes na sessão de julgamento pelo menos oito ministros. Contra a decisão que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, como já disse, não cabe recurso de qualquer espécie, exceto de embargos declaratórios.

A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei tem eficácia genérica, sendo válida e obrigatória contra todos; a decisão suprema dirá também se gera o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, que não podem contrariar a decisão. Podem correr ainda efeitos retroativos, ou seja, quando a lei é declarada inconstitucional, perde o efeito desde o início de sua vigência.

Outro aspecto comum a elas é que as decisões proferidas nas ações de inconstitucionalidade possuem natureza hibrida: judicial e legislativa, vez que o STF atua como legislador negativo.

A decisão do Supremo Tribunal Federal possui efeitos imediatos, exceto se houver disposição em contrário do próprio Tribunal. Poderá ocorrer o fenômeno denominado "modulação" de efeitos, estabelecendo a eficácia da referida decisão, a qual depende da aprovação de dois terços dos ministros.

Nesta modalidade, a inconstitucionalidade da lei é analisada em tese, ou seja, independentemente da existência de um caso concreto. Por conta disso, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo é a questão principal, o próprio mérito da causa.

Dessa forma, o Controle Concentrado nasce com vistas ao benefício exclusivo da ordem jurídica objetiva e da preservação da força normativa da Constituição.

A concepção clássica de Controle Concentrado de Constitucionalidade determina que, a análise do contraste da norma questionada seja realizada, em face de toda a Constituição Federal, entendida essa como a conjugação de suas normas, nas quais se encontram as espécies de regras e princípios. Aquelas (regras) de caráter absoluto, caracterizado pela subsunção de uma regra sobre a outra; esses (princípios) comportam colisões, de onde pode decorrer a vigência de ambos, com maior ou menor intensidade.

No modelo atual, a aferição da constitucionalidade da norma questionada constitui-se como simples 'questão jurídica', daí decorrendo o entendimento da impertinência de dilação probatória, mesmo diante da existência de fatos relevantes controvertidos.

Em suas decisões, argumenta o STF, mais, que o suporte do controle de constitucionalidade está na ideia de Supremacia da Constituição**,** entendida pela sua Supremacia Material, relacionada ao seu conteúdo, na condição de hierarquicamente superiores às demais normas, tratando dos fundamentos do Estado, do Poder, da Organização Estatal etc. E, também, pela Supremacia Formal, relacionada à sua forma de Revisão, na conformidade de sua rigidez, necessitando, para tanto, ter forma escrita.

Assim, entendem que, por conta exatamente dessa Supremacia, algumas regras e princípios processuais não são, necessariamente, aplicáveis, como é o caso do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, dentre outros.

Também por essa razão, nessas ações não se admite as figuras processuais da desistência; intervenção de terceiros; recurso da decisão de mérito, ação rescisória, salvo embargos de declaração. Admitindo-se, entretanto, a participação da figura do *amicus curiae.*

3. O PROCESSO COMO PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Diante das teorias processualistas, imperativo se faz diferenciar conceitualmente os termos Processo e Procedimento. Superficialmente, iniciemos a partir de Photier e Savingny, defensores sucessivamente das teorias do "processo como contrato" e "quase contrato", ao entendimento de que se tratava de ramo do Direito Privado, no Estado Liberal; passando por Büllow (1868), com outra visão dos antecedentes, defendendo que o processo pertence ao ramo do Direito Público, com sua teoria do "processo como relação jurídica", onde o processo consistiria um mero instrumento da Jurisdição. Este novo entendimento trouxe nova visão e

influenciou os demais doutrinadores seguintes, com adeptos até nos dias de hoje. Passamos, em seguida, por Goldschimidit, com sua teoria do "processo como situação jurídica" e por Guasp e Coutore defensores da teoria do "processo como instituição jurídica".

Na Lição de Carnelutti: "O processo é a soma dos atos que se realizam para a composição do litígio, e o procedimento a ordem de sucessão de sua realização - uma combinação de atos cujos efeitos jurídicos estão entre si vinculados casualmente". (Carnelluti, trad. Jaime Guasp, 1942, p. 243).

Para Calamandrei, o procedimento constitui o aspecto exterior do fenômeno processual. Pensam do mesmo modo: Bülow, Chiovenda e Liebman, na chamada teoria triangular que é a teoria majoritária até hoje, segundo a qual autor, réu e juiz vinculam-se direta e reciprocamente.

Retornando a Bülow que afirmava que a distinção entre processo e procedimento é elementar na esfera do direito processual e que o atraso da doutrina processual foi responsável por se considerar exclusivamente os trajes exteriores do processo, isto é, o procedimento, o qual constitui meio extrínseco, a partir do qual é instaurado, desenvolvido e terminado o processo.

Fazzalari, por sua vez, foi o responsável, o percursor da Teoria do Processo como Procedimento em contraditório. A Professora Ada Pellegrini Grinover esclarece:

> Essa teoria teve seu início com a obra de Elio Fazzalari, que a partir da reconstrução do conceito de processo e de procedimento, modificou toda a estrutura do processo, idearia desde os pandectas, baseada no direito de ação e no processo entendido como relação jurídica. (PELEGRINI, 2003).

Na perspectiva do citado autor, o procedimento constitui a concatenação de atos, normas e posicionamentos subjetivos, que visam a concretização de um provimento final, no qual a norma anterior – a qual determina a valoração de uma conduta como lícita – é requisito para realização da posterior.

O Professor, Aroldo Plínio (GONÇALVES, 1992), ratifica a teoria Fazzalariana, estabelecendo uma distinção entre processo e procedimento, afirmando que a diferenciação entre eles se dá pelo critério lógico de inclusão, haja vista que o processo é uma das espécies do gênero procedimento, diferenciando dos demais conceitos de procedimento, posto que as partes que serão atingidas pela decisão final, devem participar de todo procedimento em paridade, isto é, em contraditório.

O citado Professor Mineiro argumenta que Bülow e alguns processualistas que o sucederam, promoveram a distinção dos conceitos de processo e procedimento. Neste sentido, o processo seria conceituado pela sua finalidade, por se tratar de instrumento por meio do qual se opera a jurisdição e o procedimento seria apenas a sucessão lógica de atos, desprovido de qualquer finalidade. Deste modo, a iniciativa de Bülow retirou do procedimento um fim e o incorporou no processo, retornando ao posicionamento então criticado.

Então, Fazzalari, ao afastar o entendimento de Bülow, excluiu o critério teleológico procurando, em um critério lógico de inclusão, a definição de processo e procedimento. Conforme bem discorreu o Professor, Aroldo Plínio Gonçalves:

> Pelo critério lógico, as características do procedimento e do processo não devem ser investigadas em razão de elementos finalísticos, mas devem ser buscadas dentro do próprio sistema jurídico que os disciplina. E o sistema normativo revela que, antes que distinção, há entre eles uma relação de inclusão, porque o processo é uma espécie do gênero procedimento, e, se pode ser dele separado é por uma diferença específica, uma propriedade que possui e que o torna, então, distinto, na mesma escala em que pode haver distinção entre gênero e espécie. A diferença específica entre o procedimento em geral, que pode ou não se desenvolver como processo, e o procedimento que é processo, é a presença neste do elemento que o especifica: o contraditório. O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento; é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. (GONÇALVES, 1992, p. 68)

O processo como espécie do procedimento tem o contraditório como elemento basilar e estruturante, estabelecendo que os sujeitos, que serão afetados pelo provimento final, participem ativamente, para a estruturação de um provimento comparticipativo.

O contraditório era visto apenas como a participação dos interessados no processo, porém, com o escólio de Fazzalari a participação demandada não se resume ao autor ou réu, devendo participar do processo a integralidade dos sujeitos processuais ou partes processuais, a saber: o juiz, os seus auxiliares, o ministério público, os peritos, autor e réus.

Deste modo, o cerne da teoria Fazzalariana, citada pela Professora, Cíntia Garabini Lages, estabelece que:

> O processo é procedimento realizado em contraditório, que reside na "simétrica paridade" da participação dos legitimados a argumentar, ordinária ou extraordinariamente, nos atos que preparam o provimento. Dessa forma, o contraditório, é, assim entendido como direito de participação em simétrica paridade, direito esse fundamental, reconhecido nos termos do art. 5, inc. LV, da Constituição Federal de 1988. Já o juiz é concebido como terceiro, autor do provimento preparado pelas partes, a quem compete garantir o contraditório na qualidade de titular da função jurisdicional. (LAGES, 2016, p. 99).

Segundo a relevância e importância dos participantes, especialmente das partes (autor e réu), no processo como procedimento em contraditório, primeiramente é preciso considerar que estes são os destinatários do provimento, os quais detêm legitimidade e interesse para agir. Portanto, a teoria do processo como procedimento em contraditório não dialoga com a simples noção de processo como relação jurídica, proposta por Bülow, Chiovenda e Liebman, na qual o juiz se faz senhor do processo e gestor da prova.

4. A TEORIA CONSTITUCIONALISTA DO PROCESSO

A Teoria Constitucionalista do Processo deseja a efetivação do contraditório, tal como a Teoria Fazzalariana, mas diferente dessa, almeja também a observância de todos os demais princípios processuais previstos na Constituição.

A Teoria Constitucionalista do Processo objetiva a consolidação do Princípio Da Supremacia Constitucional e consequente, proteção dos direitos fundamentais. Essa teoria foi consolidada no século XX com a consagração do direito processual, baseado na ideia de que o processo deve tramitar em conformidade com o texto constitucional. O maior expoente dessa Teoria, Héctor Fix-Zamudio, conforme afirma Santos:

> Acredita que o objeto essencial do Processo Constitucional é a análise das garantias constitucionais em sentido atual. Nas suas obras ele faz a distinção do Direito processual Constitucional e do Direito Constitucional processual, que *a priori*, pode parecer apenas um jogo de palavras, todavia, não é o que parece ser. Ambas são estudadas de forma conjunta pelos doutrinadores, devido ao caráter limítrofe que apresentam, mas não possuem o mesmo conteúdo. O direito processual constitucional visa a análise das garantias constitucionais, ou seja, os instrumentos processuais que estão dirigidos a integração da ordem institucional, já o direito constitucional processual estuda o controle judicial da constitucionalidade do processo ou mesmo a jurisdição constitucional. As duas disciplinas possuem como escopo um exame sistemático de perspectivas distintas, mas se entrecruzam e se colaboram entre si. (SANTOS, 2015).

O Processo Constitucional deve ser analisado sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Conforme a teoria explanada, os direitos e garantias fundamentais, insculpidos na Constituição Federal, devem ser concretizados, haja vista a juridicidade que materializa os direitos previstos no Texto Constitucional.

A Teoria Constitucionalista do Processo, no Brasil, foi introduzida em meados da década de 80, pelo Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, tendo dito: “O Processo Constitucional, de diversas formas, destina-se a respaldar as garantias fundamentais, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento delas”. (BARACHO, 2006, p. 51).

Salienta-se que não havia boa adesão à ideia de supremacia da Constituição, isso porque a compreensão do Brasil como Estado Democrático de Direito apenas foi consolidada com a redemocratização, quando foi promulgada a Constituição Federal de 1988.

Duas Escolas da Teoria Constitucionalista do Processo se destacam na atualidade: a Instrumentalista e a Neoinstitucionalista. Para Dinamarco, a teoria da instrumentalidade busca garantir a efetividade do processo. Assim, o processo consistiria em instrumento hábil de garantia dos direitos. Conforme preconiza abaixo:

> Fala-se da instrumentalidade do processo, ainda, pelo seu aspecto negativo. Tal é a tradicional postura (legítima também) consistente em alertar para o fato de que ele não é um fim em si mesmo e não deve, na prática cotidiana, ser guindado à condição de fonte geradora de direitos. Os sucessos do processo não devem ser tais que superem ou contrariem os desígnios do direito material, do qual ele é também um instrumento (à aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância, a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente no juízo cível, quando a razão estiver com o demandado). Uma projeção desse aspecto negativo da instrumentalidade do processo é o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados (v.g. não se anula o processo por vício de citação, se o réu compareceu e se defendeu). (CINTRA; GRINOVER; DINARMARCO, 2002, p. 41/42).

O neoinstitucionalismo objetiva a superação da Teoria Instrumentalista do Professor Dinamarco. Esta teoria é da Escola Mineira de Processo, que tem como Defensor o Professor da Pontifícia Universidade Católica, Rosemiro Pereira Leal, mesclando processo e hermenêutica. Nessa perspectiva, é importante destacar o trecho da obra de Henrique Araújo Costa e Alexandre Araújo Costa:

> A escola neoinstitucionalista propõe uma saída interessante de superação, tanto do antigo modelo de liberalismo processual com o protagonismo das partes quanto do atual modelo de socialização processual com protagonismo judicial.” (COSTA, 2017).

A Teoria Constitucionalista do Processo tem-se fortalecido, na medida em que o processo deve tramitar em consonância com a Constituição. A forma de interpretação dos diversos institutos processuais devem dar lugar a uma hermenêutica dinâmica e construtiva, baseada nos princípios e valores socioeconômicos, políticos e culturais, que permeiam o Texto Constitucional.

Não há motivo, portanto, para deixar de aplicar ao Controle de Constitucionalidade a Teoria Constitucionalista do Processo, conforme preleciona a Professora Cíntia Garabini Lages:

> Desta forma, o Modelo Constitucional do Processo brasileiro delineado no marco da Constituição Federal de 1988, aplica-se ao processo de controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, seja na verificação do seu conteúdo dos mesmos com os dispositivos constitucionais, seja no controle das condições do processo legislativo democrático. (...)Encontra-se o Supremo Tribunal Federal limitado na sua atuação às normas que regulam o devido processo e que integram o Modelo Processual definido pela Constituição Federal de 1988. (...) Os princípios constitucionais vinculam preliminarmente o Supremo Tribunal Federal, o qual não pode agir legitimamente se não o levar a sério. (LAGES, 2016, p. 196).

5. DA AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O Controle Concentrado de Constitucionalidade é, como dito, o Instrumento de verificação da adequação dos atos normativos e leis infraconstitucionais à Constituição. Cumprindo ressaltar que as ações do Controle Concentrado Abstrato não possuem partes no sentido material, lide e pretensão resistida. Nesse sentido assevera Nelson Nery Júnior, que o princípio regente da Ação Direta de Inconstitucionalidade, aplicando extensivamente às demais ações do Controle Concentrado, é o princípio inquisitório:

> Por ser um processo objetivo, aplicam-se a ele os princípios: inquisitório ao invés do contraditório, da não desistência da ação, e o princípio oficial, em lugar da inércia da jurisdição, sendo que a ação direta de inconstitucionalidade por ter caráter social e difuso, é perpétua, ou seja, imprescritível. (NERY JUNIOR, 2012, P.1088).

No processo objetivo os legitimados não possuem a faculdade de dispor da ação, uma vez intentada. Desta feita, há uma relação intrínseca entre o Controle Concentrado de constitucionalidade e a proteção dos interesses difusos.

A titularidade dos interesses difusos é indeterminada e indeterminável. Deste modo, o povo constituiria o destinatário da norma constitucional.

Para Friedrich Müller, a noção de povo denota questão fundamental para o Estado Democrático de Direito. Assim, o "povo" seria "o destinatário de prestações civilizatórias do Estado e como participante." (Müller, 2011, p.55).

Segundo este autor, o mero fato das pessoas se encontrarem no território de um Estado é uma situação relevante, pois elas têm juridicamente a qualidade de ser humano, portanto, gozam do direito a preservação da dignidade humana, da personalidade jurídica. Assim, são protegidas pelo direito constitucional e pelo direito infraconstitucional vigente, ou seja, gozam de proteção jurídica. São protegidas pelos direitos humanos, por prescrições de direito da polícia entre outros.

O povo, portanto, é o destinatário da norma, mas é também o instituidor dela[38] o que o legitima a fiscalizar a constitucionalidade dessas normas. Para a teoria processual democrática, o rol de direitos fundamentais do texto constitucional que inclui o devido processo em meio aos direitos fundamentais garante, legitima o povo a fiscalizar a constitucionalidade da norma.

> O que interessa é, para fins de uma democracia, a participação dos *interessados* (destinatários normativos e coautores da norma) na *construção* da norma, na sua *fiscalização* e, em especial, na *atribuição de efeitos à declaração de inconstitucionalidade* da mesma, pois somente assim será possível a elaboração compartilhada de um pronunciamento legítimo sobre a fiscalização da constitucionalidade do ordenamento jurídico. Enfim, a Constituição de 1988 prioriza o debate contraditoriável num espaço-tempo legalmente definido pelos destinatários normativos, a fim de que eles opinem sobre a constitucionalidade das normas que construíram, e, sobretudo, na necessidade de se preservar as relações jurídicas porventura afetadas pela norma inconstitucional quando houver prejuízos a *direitos fundamentais* presentes naquelas relações (Junior, página xxx).

Deste modo, quando o Supremo Tribunal Federal conduz a Ação de Controle Concentrado com base no seu regimento interno, é a própria constituição que está sendo desrespeitada. O STF ignora que a Constituição desenvolveu uma teoria processual democrática que permite o exercício de uma fiscalidade ampla e irrestrita da constitucionalidade[39].

---

[38] Constituição Federal. Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

[39] A interpretação dos art. 5º e 93 nos permite essa conclusão óbvia:

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:
(...)
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Portanto, a restrição a participação dos interessados na pretensão da Ação do Controle Concentrado, não apenas como *Amicus Curiae*, é inconstitucional. É necessário garantir o efetivo exercício do contraditório, com participação ampla da sociedade.

6. ESTUDO DE CASO: ADI 3510

O presente Estudo objetiva, também, a análise da ADI 3510, que permitiu o desenvolvimento de pesquisas com células troncos embrionárias, da Relatoria do então Ministro Ayres Brito.

A Lei nº 11.105/05, denominada Lei de Biossegurança, previu em seu texto a abordagem do tema de clonagem humana, permitindo a colheita de materiais genéticos por meio de células tronco embrionárias de seres humanos, geneticamente modificados e suas derivações, com o fim de realização de pesquisas, bem como para finalidades terapêuticas.

Em maio de 2005, Procurador Geral da República propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.510) perante o STF, com o objetivo de excluir da referida lei o artigo 5º, que autorizava a realização de pesquisas com células tronco embrionárias. A fundamentação da ADI intentada era de que a utilização do referido material genético afrontaria Princípios Constitucionais de inviolabilidade do direito à vida e o da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Relator Carlos Ayres Britto, em seu Voto condutor, considerou vida humana como aquela que ocorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral. E afirmou: "[...] que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapreço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio." (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Neste sentido, as células-tronco são definidas como aquelas que possuem a capacidade de transformação nos mais diversos tipos especializados de células. As células-tronco são dotadas de "capacidade de auto renovação ilimitada/prolongada, capaz de produzir, pelo

---

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:
(...)
X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

menos, um tipo de célula altamente diferenciada", ou seja, a que "tem a capacidade de se dividir em células idênticas a ela ou em diferentes tipos de células" (Pereira, 2002, p.65).

Os primeiros registros de pesquisas com células-troncos são da década de 60, entretanto somente na década de 70 estas se robusteceram.

Os estudos acerca das células-tronco embrionárias possuem como foco principal a cura de doenças, tais como: as atrofias espinhais progressivas, as distrofias musculares, as ataxias, a esclerose lateral amiotrófica, a esclerose múltipla, as neuropatias e as doenças de neurônio motor, a diabetes, o mal de Parkinson, entre outras. (BARROSO, 2008, p. 7).

7. DA LEI 11.105/2005

Uma lei é considerada formalmente constitucional na medida, que guarda obediência aos procedimentos prescritos na Constituição Federal para sua feitura e consequente sanção. O conjunto de atos insculpidos na Constituição para a elaboração de leis é denominado processo legislativo, cujas fases são: iniciativa legislativa, emendas, votação, sanção e veto, promulgação e publicação. (SILVA, 2006).

A denominada Lei de Biossegurança é uma lei ordinária, resultante de um projeto de lei de iniciativa do Presidente da República, o qual foi remetido à Câmara dos Deputados, conforme dispõe artigo 64 da CRFB/88, em 03 de Outubro de 2003. No início, o referido dispositivo legal foi confeccionado para servir de regulamentação aos organismos geneticamente modificados e suas derivações, mas a proposta fora arquivada. Em meio às inúmeras emendas ao projeto de lei apresentas, a Câmara dos Deputados aprovou o texto, o qual previa a proibição do uso de células-tronco embrionárias com finalidades de pesquisa terapêutica. Porém, perante o Senado Federal, diversos senadores se posicionaram contrariamente à proibição, o que resultou na apresentação de emenda que autorizasse a pesquisa.

Em outubro de 2004, houve o retorno do projeto para a Câmara, posteriormente à aprovação no Senado, porém havia previsão de autorização somente de utilização de embriões congelados há mais de três anos em clínicas de fertilização, vedando-se a utilização terapêutica.

Em março de 2005, durante nova votação "o Ministro da Ciência e Tecnologia, Eduardo Campos, acompanhado do médico Dráuzio Varela e da geneticista Mayana Zats, com o apoio de organizações que possuíam interesse na pesquisa com células-tronco,

agendaram encontro com o presidente da Câmara, Severino Cavalcanti, com o fim de esclarecer a necessidade de liberação da pesquisa com células-tronco para finalidades terapêuticas. Assim, em 24 de março de 2005 a lei foi sancionada.

A Lei, em análise, recebeu o status residual de ordinária, haja vista não haver previsão constitucional de tratamento do tema por outra espécie normativa.

No tocante à legitimidade de iniciativa do projeto de lei, de acordo com o art. 61 caput do texto Constitucional, ficou assegurada ao Presidente da República, que assim o fez.

A votação da referida Lei teve curso natural nas duas Casas Legislativas, com substancial debate no plenário, por maioria simples, segundo previsto no art. 47 da CRFB/88, sendo residual tal disposição, diante da ausência de quórum especial (maioria absoluta) para lei ordinária.

Diante do exame das disposições, acima suscitadas, tem-se a constitucionalidade formal da Lei nº. 11.105/2005, haja vista a ausência de vícios de procedimento na tramitação do Projeto de Lei.

Após a constatação da regularidade e constitucionalidade formal da Lei de Biossegurança, volta-se a análise da constitucionalidade material do art. 5º e §§ desta, atacado pela ADI 3510.

Segundo o ilustre constitucionalista Canotilho, o princípio fundamental da constitucionalidade dos atos normativos preceitua que:

> "Os actos normativos só estarão conformes com a constituição quando não violem o sistema formal, constitucionalmente estabelecido, da produção desses actos, e quando não contrariem, positiva ou negativamente, os parâmetros materiais plasmados nas regras ou princípios constitucionais." (CANOTILHO, 2003).

Os argumentos do Procurador Geral da República estavam consubstanciados na alegação de que a vida iniciaria com a fecundação (penetração do espermatozoide no óvulo) e que, a utilização desse material genético violaria direitos constitucionais basilares, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

Assim, refutando o argumento de alguns que a vida só se iniciava com a existência de atividade cerebral, o que só ocorre após 14º dia da fecundação; sendo que os embriões, seriam congelados a partir do 5º dia do desenvolvimento in vitro e nunca depois do 14º dia", não havendo rudimentos de atividade cerebral (BARROSO, 2008).

O Código Civil preconiza que "toda pessoa é capaz de direitos e deveres", a personalidade se aperfeiçoa do nascimento com vida, assegurando todavia o direito do

nascituro. Para muitos civilistas, nascituro é aquele cujo nascimento é tido como “fato certo”, devendo “estar em desenvolvimento no útero da mãe” (BARROSO, 2008). Portanto, se o embrião congelado não é pessoa, posto que não nasceu, não se enquadra no termo nascituro, haja vista não ter sido implantado no útero das mães, não podendo ser-lhes assegurados os mesmos direitos assegurados aos seres humanos.

Observa-se, que o presente caso não se referia a embriões com expectativa de vida, mas de embriões inviáveis descartados pelas clínicas de fertilização.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é silente acerca do início da vida. As argumentações sobre o direito à vida encaminharam à seguinte premissa de que o embrião não é pessoa, portanto não se deve cogitar da existência da dignidade da pessoa humana.

O tratamento diferenciado dispensado aos embriões, na Lei de Biossegurança, vedou a manipulação de embriões estritamente para pesquisa. Os embriões utilizados para retirada das células-tronco são somente os provenientes de reprodução in vitro, e que tenham se tornado inviáveis à reprodução. (BARROSO, 2008).

Deste modo, conferir ao embrião inviável o status de ser humano é desconsiderar sofrimento de milhares de pessoas que padecem dos mais diversos males, que podem ser tratados por meio de alternativas desenvolvidas a partir de células-troncos.

Portanto, sem embargo de respeitáveis posicionamentos jurídicos em contrário, como também de convicções religiosas, entendeu-se que o art. 5º e seus parágrafos, da Lei nº. 11.105/2005, denominada Lei de Biossegurança é materialmente constitucional, haja vista não conflitar frontalmente com o Texto Constitucional. Assim, a regulação legal das pesquisas de células-tronco é permeada pela Segurança Jurídica.

8. DO PROCESSO CONSTITUCIONALIZADO E DA COMPARTICIPAÇÃO DOS AFETADOS NO JULGAMENTO DA ADIN 3510.

A data de 20 de abril de 2007 foi histórica na Corte Suprema, a participação de cidadãos demarcou a importância do protagonismo popular em discussões polêmicas, por intermédio das audiências públicas. Nesses encontros, os Ministros da Corte são apenas ouvintes. (STF, 2010).

Foram ouvidos os representantes dos diversos setores da sociedade civil e do governo, que expuseram seus argumentos com o objetivo de ajudar os Ministros na tomada de decisão

na Ação Direta de Inconstitucionalidade, no Plenário. Neste sentido, informa o Portal de Notícias do STF:

> Reunidos pelo ministro Ayres Britto, 17 especialistas – entre médicos, pesquisadores, biólogos, professores universitários, religiosos e representantes da sociedade civil – debateram com profundidade todos os aspectos que envolviam a liberação das pesquisas em células-tronco extraídas de embriões humanos. Esse aporte em informações científicas contribuirá para o melhor conhecimento da causa e incorpora à nossa decisão um teor de legitimidade, uma vez que a sociedade - pelos seus setores cientificamente organizados - está nos subsidiando para uma tomada de decisão mais consciente", afirmou o ministro na época. (STF, 2007)

Por fim, o Supremo, por maioria dos votos, acolheu o voto do Relator, se posicionando favoravelmente à Lei de Biossegurança, do modo aprovado no Congresso, permitindo a realização de pesquisas com as células-tronco embrionárias.

9. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o processo deve ser analisado sob a perspectiva da Teoria Constitucionalista do Processo, visando à consolidação do Princípio da Supremacia Constitucional e consequente proteção dos direitos fundamentais. Portanto, partindo da premissa que no Brasil a Jurisdição deve obedecer ao Processo Constitucionalizado, o que não é feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Nas ações do Controle Concentrado, a despeito da negativa de existir materialmente o contraditório, bem como a não existência de partes em sentido material, é certo que se formou uma lide. Portanto, é necessário garantir a participação dos interessados no provimento final.

Deste modo, faz-se necessário uma participação mais efetiva do Ministério Público e da Advocacia Geral da União e a oportunização do protagonismo do particular ou da sociedade, na construção de um Provimento final comparticipativo.

Assim, com o advento da Constituição de 1988, as partes são consideradas não apenas destinatárias do Provimento Judicial, mas devem ser vistas como autoras do Direito e construtoras da realidade, implementada pelo processo em contraditório, com reais detentoras do Poder.

Ao buscar estabelecer uma relação entre o Controle de Constitucionalidade e Teoria de Dworkin acerca da integridade, é possível compreender que, na medida que tal controle é exercido pela Corte Suprema do Nosso País, é preciso que os Ministros ao julgarem casos

de extrema relevância para os cidadãos se conscientizem da necessidade de observar um conjunto coerente de princípios.

A análise da ADI 3510 salientou a importância da opinião popular em discussões polêmicas, demonstrando que as audiências públicas constituem instrumentos democráticos de garantia de um processo constitucional, com efetiva participação dos interessados. A massiva participação de profissionais da saúde, população em geral e dos mais diversos setores sociais, nos debates a respeito da utilização de células-troncos, demonstraram a conscientização dos cidadãos, acerca da autonomia de suas ações e principalmente de que são atores e agentes sociais de transformação.

O Julgamento da ADI 3510, considerou diversos princípios e direitos, no que podemos chamar de ponderação. O Modelo Constitucional de Processo garante muito mais que o simples exercício de Direitos Fundamentais, mas denota a necessidade de participação popular no Controle Concentrado, com vistas a assegurar um Processo democrático, participativo e pautado na Constituição.

Diante dos fatos acima expostos, pode-se concluir que a despeito do caráter religioso, cultural e social da discussão sobre a utilização de Células-troncos, o Brasil fez jus à laicidade do Estado. Deste modo, não seria cabível vedar a utilização de Células-troncos embrionárias, que seriam descartadas, sob o pretexto de que essas seriam vidas em potencial. É positiva a argumentação posta, no sentido de que Inúmeras pessoas padecem de males que podem ser sanados, por meio de pesquisas realizadas com as referidas células, coibir tal prática consistiria em fechar os olhos para a realidade e para a Ciência.

Portanto, o Controle Concentrado de Constitucionalidade, no Modelo Constitucionalizado de Processo, garantiria ao Judiciário a Segurança Jurídica que dele se espera, posto que a realidade dinâmica demanda constantes interpretações, sempre lembrando que o Poder é único do povo.

REFERÊNCIAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. Revista Forense. Rio de Janeiro, v. 383, p. 131-180, jan/fev, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 6. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**.2. ed. Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Células-tronco embrionárias: a ciência ou o lixo. **Revista Jurídica Consulex.** Ano XI n. 253, p.25, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar,2008.

BARROSO, Luís Roberto. A Defesa da constitucionalidade das pesquisas com célulastronco embrionárias. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 1, maio 2008. Disponível em: <http://www.idp.org.br/index.php?op=stub&id=9&sc_1=60>.Acesso em: 2014.

CALAMANDREI. Instituciones de derecho procesal civil, según el Nuevo Código, trad. de Sentis Melendo, 1943.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini;DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**.18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. pp. 41-42.

COSTA, Henrique Araújo e COSTA, Alexandre Araújo. **Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionais à Teoria da Instrumentalidade do Processo.** Disponível em: http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/460/mod_resource/content/2/Texto-base_-_Unidade_3.pdf. Acesso em: 14. Ago. 2017.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova, Cedam, 1992.

FERREIRA, Ruan Espíndola. O controle de constitucionalidade no direito comparado: uma Discussão sobre a legitimidade para exercer a jurisdição Constitucional. Disponível em: http://www.seer.ufu.br. Acesso em: 07. Julho. 2021.

GONÇALVES, Aroldo plínio, Técnica Processual e Teoria do Processo, 2ª. ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2012.

LAGES, Cíntia Garabini. **O caráter Objetivo dos Procedimentos de Controle Concentrado de Constitucionalidade: Análise da sua Legitimidade**. 1. ed. Pará de Minas: VirtualBooks Editora. 2016.
LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 13.ed. Belo Horioznte: Editora Forum, 2016.

MÜLLER, Friedrich. ***Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*.** 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. ***Constituição Federal comentada e legislação constitucional.*** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Raul José de Galaad. **Princípio Da Precaução Ambiental e Análise Da Lei De Biossegurança. Fórum Ambiental da Alta Paulista**. V. 5, ano 2009. Disponível em: <

http://www.fakeclimate.com/arquivos/ArtigosFake/TupaOutros/dapps-2009-006.pdf>. Acesso em: 10. Ago. 2017.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. **Virtuajus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte**, v. 1, p. 01-29, 2003.

REIS, Luara Cristina Santos. A teoria constitucionalista do processo. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4403, 22 jul. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/40779>. Acesso em: 14 ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de** Direito Constitucional **Positivo**. 27. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

STF. **Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade.** Portal: Notícias STF. 19. Abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643>. Acesso em: 10. Ago. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Células-tronco embrionárias: que vida, biológica ou moral?. **Revista Jurídica Consulex.** Ano XI n. 253, p. 24, 2007.

A EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA COMO FERRAMENTA DE PROMOÇÃO DA DIVERSIDADE - EXPERIÊNCIA DO PROJETO DIVERSIDADE GERAIS - EFETIVIDADE E CIDADANIA

Luiz Carlos Garcia[40]
Nayara Maria de Lima[41]
Fábio Augusto Pereira dos Santos[42]

RESUMO

Pensar o tema da diversidade de forma honesta, tecnicamente correta e comprometida com a promoção da equidade é fundamental para a construção de um Estado verdadeiramente democrático. E com absoluta certeza o ambiente mais adequado para tais reflexões é a academia. Por isso, o presente trabalho traz informações sobre a situação jurídica e social vivida pelas minorias de gênero e sexual no Brasil, bem como o que se propõe com o projeto de extensão Diversidade Gerais, desenvolvido no IFMG, campus Ribeirão das Neves. Para além, os discursos de naturalização, que trazem dados que possuem conotação sociocultural, acabam por fomentar violência e discriminação, gerando na sociedade uma série de padrões fortemente seguidos e incentivados. Isso produz um ciclo formacional extremamente difícil de ser rompido e que pauta as características daqueles que serão considerados "normais" e por exclusão, todo aquele/aquela que não se enquadra nesse padrão será marginalizado. Desta forma, torna-se necessário o esclarecimento de como a violência de gênero e de identidade sexual estão presentes e violam direitos, bem como apontar caminhos normativos e institucionais para se buscar o rompimento com esse ciclo de violência.

Palavras-chave: Discriminação. Diversidade. Estado Democrático. Homotransfobia.

1. INTRODUÇÃO

[40] Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Engenharia Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Professor de Direito na Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC e no Instituto Federal de Minas Gerais - IFMG. E-mail: luizcg.dir@gmail.com
[41] Pós graduada em Direito Administrativo e Econômico Pós graduada em Direito Ambiental. Graduada em Administração. Graduada em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos - UNIPAC. Servidora Pública Efetiva na Prefeitura Municipal de Itabirito. E-mail: nayaralimaadm@yahoo.com.br
[42] Graduando em Administração no Instituto Federal de Minas Gerais - IFMG.

O projeto DIVERSIDADE GERAIS - Efetividade e Cidadania, nasce com o objetivo de trazer para o debate entre acadêmicos do IFMG - docentes, pós-graduandos, graduandos e alunos do ensino médio - e para a comunidade do Município de Ribeirão das Neves o tema diversidade de gênero e sexual. Isso com o objetivo de suscitar, as muitas questões que envolvem a ideia, de forma científica, socialmente relevante e em consonância com a construção de uma sociedade plural e atenta ao respeito dos Direitos Humanos. Temas que fazem parte desse universo, tais como: identidade de gênero, identidade sexual, violência simbólica, masculinidade tóxica, dentre outros, serão debatidos e enfrentados, bem como discussões aprofundadas sobre violência e discriminação, como forma de violação direta a dignidade da pessoa humana e, portanto, de não efetivação dos Direitos Humanos.

O objetivo geral do projeto é levar informação acerca da temática diversidade e de como processos excludentes são naturalizados e incorporados no cotidiano, de modo a muitas vezes passarem como algo normal. Busca-se discutir junto a moradores de Ribeirão das Neves e a comunidade acadêmica do IFMG, como a violência de gênero e de identidade sexual estão presentes violam direitos, bem como apontar caminhos normativos e institucionais para se buscar o rompimento com esse ciclo de violência.

Para tanto, será realizado o levantamento de bibliografia especializada sobre o tema diversidade de gênero e sexual e temas correlacionados. De modo a levar os membros da equipe a desenvolver habilidades sobre as temáticas e assim poder desenvolver as ações do projeto, além da formação de um grupo de discussão periódico com os membros da equipe. Será útil em um primeiro momento para a caracterização da comunidade onde o projeto será desenvolvido - do próprio Instituto e da comunidade do Municipio de Ribeirão das Neves - a qual será definida de forma mais concreto e específica de acordo com os apontamentos do alunos envolvidos (pesquisa-ação).

Não obstante, haverá a elaboração de material - cartilha digital - a ser disponibilizada nas mídias sociais, contemplando os temas relacionados as temáticas abordadas. O objetivo é trazer de maneira técnica porém acessível e com linguagem de fácil compreensão o conjunto de Direitos da população LGBTQ+ e como essas pessoas podem tornar tais realidade normativas em situações concretas. Ademais, teremos a criação de oficina a ser desenvolvida junto as vilas, aglomerados e ocupações de acordo com o público alvo definido pelos estudantes que convivem na comunidade e por isso possuem muito mais condição de auxiliar nessa delimitação.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Falar de diversidade é buscar constantemente a desconstrução de todo um sistema cultural que exclui e agride todos e todas que não se enquadram em determinado padrão. A maior dificuldade reside exatamente no fato de que somos criados numa cultura binária e que simplesmente ignora as múltiplas possibilidades existentes em todas as esferas de compreensão e manifestação humana. Vive-se em uma sociedade onde a heteronormatividade e o machismo ditam as normas de comportamento. Nesse sentido, processos de naturalização nos são ensinados desde a primeira infância (SCOTT, 1998).

Naturalizar é exatamente tornar algo que não é, natural. Ou seja, dar a um determinado comportamento - cultural ou socialmente construído - contornos quase biológicos. E qual o ganho com isso? A invisibilização de lutas sociais em contrário. É muito mais fácil reprimir ou simplesmente ignorar determinados indivíduos quando o que os torna discordantes é exatamente um fato antinatural.

O projeto é necessário pela realidade brasileira de violência e abusos sistêmicos a esse grupo. O que o leva a ir ao encontro do que está preconizado no item 2.2, item C do edital número 015 de março de 2020, publicado pelo Instituto Federal de Minas Gerais -IFMG, campus Ribeirão das Neves, conforme segue:

> Promoção, fortalecimento e garantia de direitos de grupos sociais vulneráveis: Promoção de projetos voltados para o fortalecimento e garantia de direitos de grupos sociais e/ou organizações populares. **Desenvolvimento de projetos de valorização e respeito de identidades e diversidades para beneficiar povos, grupos e comunidades:** povos indígenas; quilombolas; povos de terreiro; povos ciganos; minorias étnicas; população **LGBTQ+;** pessoas com deficiência; pessoas em situação de rua; vítimas de violência; pessoas em privação de liberdade; grupos de assentamento; população sem teto; populações atingidas por barragens (BRASIL, 2020) (Grifo nosso)

Vencer a realidade de exclusão e violência a qual esse grupo é submetido é dever de toda a sociedade e um imperativo para instituições de ensino, principalmente em sendo pública. Há a invisibilização dessas pessoas que sofrem discriminação no ambiente escolar, de trabalho, na própria família e que por diversas vezes não possuem qualquer apoio. Até porque a própria formação que possuem somada ao bombardeamento de informações heteronormativas e cisdirecionadas, levam ao sofrimento psicológico dessas pessoas na crença que de fato são pessoas menores e menos merecedoras de respeito e direitos.

Por meio dessa naturalização, criou-se um pressuposto de que aqueles que pertencem a comunidade LGBTQ+ são pessoas de segunda categoria, não merecendo por parte da sociedade ou do poder público qualquer espécie de atenção ou zelo. Direitos básicos como ir e vir ou livre planejamento familiar são negados a essas pessoas. Por que são negados? São pelo que, a ideia de ir e vir carece de razoabilidade social para se desenvolver. Um homossexual - gay ou lésbica - uma pessoa transexual ou travesti, corre risco real simplesmente por existir e viver a sua vida de acordo com o que lhe define e caracteriza. Em que pese na atualidade ser possível o casamento entre pessoas do mesmo sexo no Brasil, por força da decisão do Supremo Tribunal Federal - STF - e da resolução número 145 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - ainda há cartórios que se negam a cumprir a decisão, membros do Ministério Público que se opõe a habilitação do casamento. Frise-se ainda que, não se trata de lei - enquanto ato típico do Poder Legislativo - sendo, portanto,, frágil no Ordenamento Jurídico Brasileiro.

No mesmo sentido foi a decisão do mesmo STF em sede de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 - ADO nº 26 - e do Mandado de Injunção nº 4.733, onde foi determinado pelo pleno da Corte Constitucional que a homotransfobia - atitude de preconceito contra homossexuais, transexuais e travestis - fosse punida de acordo com a Lei de Racismo - Lei nº 7.716 de 1989. Deste modo, a discriminação por orientação sexual e de gênero passa, desde o ano de 2019, a ser criminalizada no Brasil.

Extremamente recente foi a decisão do Supremo - Ação Direta de Inconstitucionalidade 5543 - ADI 5543 - , sobre uma outra temática afeta a população LGBTQ+, que foi a inconstitucionalidade da Resolução RDC 34 de 2014 que manteve o que trazia a portaria 2.712 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA - na qual era proibida a doação de sangue por homens que haviam mantido relação sexual com outro homem no lapso temporal de um ano. Em que pese haver exames que detectam infecções sexualmente transmissíveis - IST - e teoricamente todo o sangue doado ser testado, por considerar que o gay pertence ao grupo de risco para o HIV - sendo que a literatura médica aponta que não mais que se falar em grupo de risco e sim em comportamento de risco - até a semana passada, o julgamento ocorreu na última sexta-feira dia 01/05/2020 pelo plenário eletrônico do STF, essas pessoas poderiam ter seu sangue negado por hospitais e hemocentros.

Os apontamentos acima feitos além de demonstrar cabalmente como muito ainda há que se construir no sentido de promoção desse grupo socialmente vulnerável, demonstra a

necessidade de projetos levarem tais informações a esse grupo sobre a realidade jurídica atual, buscando assim a efetivação de seus direitos. Quantos homens e mulheres homossexuais não tem a exata noção do que configura um ato homofóbico? Quantas pessoas heterossexuais também não possuem tal referência? Ou seja, informar sobre tais questões é de suma importância para se chegar de fato a efetividade destes e outros direitos e assim promover de maneira real a cidadania e dignidade desses grupos.

Para além, a metodologia que será utilizada pauta-se pelos princípios da pesquisa-ação (THIOLLENT, 2011), que tem como premissa o atendimento a demandas reais e identificadas junto ao público alvo. Desse modo, todo o trabalho a ser desenvolvido terá como base e razão a demanda da população LGBT+, identificada por meio da análise de dados extraídos de publicações oficiais. E assim que possível - pós isolamento social - do contato direto com lideranças e LGBTs que convivem com essa realidade de forma efetiva.

O projeto utilizará de uma abordagem caracterizada como oficina, onde as informações são levadas em um processo dialógico e valorizando/incentivando a participação das pessoas na condição de interlocutores e não enquanto meros ouvintes. Além da construção de material gráfico - no formato de cartilha, folder ou folheto - com linguagem coloquial, de modo a tornar a informação não só acessível, mas atrativa para as pessoas.

Por meio dos perfis e panoramas levantados junto aos projetos sociais junto aos membros do projeto, e em conjunto com essas lideranças sociais será feito o recorte sobre qual a melhor e mais adequada abordagem para o público. Efetivando assim a perspectiva metodológica da pesquisa- ação, onde se considera as reais necessidades do público a quem a ação se direciona e sua participação na construção das atividades de maneira horizontalizada.

Ademais, a metodologia utilizada será de oficina temática, ou seja, com ação expositiva orientada por um professor e protagonizada pelos alunos. Utilizando materiais áudio-visuais e impressos, com conceitos, dados numéricos, relatos de caso, de modo a sensibilizar o público-alvo para a questão. Será sempre suscitado e incentivado o debate para a máxima participação. Para tal, os discentes farão um trabalho de pesquisa, reuniões periódicas para elaboração do material de trabalho e das oficinas em si.

Por derradeiro, o objetivo geral do projeto é levar informação acerca da temática diversidade e de como processos excludentes são naturalizados e incorporados no cotidiano, de modo a muitas vezes passarem como algo normal. Busca-se discutir junto a moradores de Ribeirão das Neves e a comunidade acadêmica do IFMG, como a violência de gênero e de

identidade sexual estão presentes violam direitos, bem como apontar caminhos normativos e institucionais para se buscar o rompimento com esse ciclo de violência.

3. DESENVOLVIMENTO

3.1. A homossexualidade na história: aspectos religiosos e médicos

O termo homossexual foi criado por Karl-Maria Kertbeny em 1968, jornalista austro-húngaro. Etimologicamente, compõe-se pela raiz da palavra grega "homo", que significa "semelhante" ou "igual", e pela palavra "sexual", da palavra latina "*sexu*s" que vem a ser "sexo". Trata-se, portanto, da manifestação da sexualidade e/ou afetividade humana, entre pessoas do mesmo sexo e diz respeito a uma orientação sexual, em outras palavras, refere-se à inclinação do desejo afetivo e erótico do indivíduo.

A homossexualidade, aparentemente, sempre esteve presente na história da sociedade, sendo considerada tão antiga quanto à heterossexualidade, segundo o poeta e escritor Goethe, citado por Paulo Roberto Iotti Veccgiatti em sua obra. O que singularizava as orientações sexuais, distinguindo as, era tão somente o tratamento que lhes era designado nos diferentes momentos históricos, pelas diversas culturas difundidas à época, de comportamento absolutamente natural, transformou-se mais tarde, em pecado e posteriormente, crime, oscilando entre períodos de aceitação e estigma.

A naturalidade com a qual a homossexualidade, era tratada nas sociedades primitivas, demonstram sua institucionalização por àqueles povos, uma vez que os valores tribais estimulavam a bissexualidade como uma prática necessária ao desenvolvimento do seu povo. Era através do amor entre homens, decorrente das práticas sexuais entre um homem mais velho e um menino, que este último atingia a sua masculinidade e alcançaria a fertilidade necessária à procriação, em relacionamentos que tinham como finalidade o desenvolvimento e amadurecimento do jovem pupilo, no que concernem as práticas e costumes do seu povo.

Contudo, a aceitação e estímulo que envolviam a homossexualidade neste contexto histórico, era outrora substituído por diferenciações necessárias aos agrupamentos sociais, ditando regras de segregação baseadas, sobretudo, no papel sexual exercido por um homem no âmbito do seu relacionamento privado, sendo àquele que exercia o ato sexual passivo, subjulgado ao patamar de rebaixamento destinado a mulher, que era vista como simples meio de reprodução e mão de obra, desprezada em um contexto sexista.

O problema, neste ponto, percebe-se não estar relacionado com a homossexualidade em si, mas com o rebaixamento do homem ao papel que se acreditava, ser originalmente feminino, não merecendo, portanto, ser o homem reconhecido por sua virilidade. A supremacia masculina nestas organizações sociais também é demonstrada quando estudamos a relação entre duas mulheres, que embora existente à época, não era reconhecida socialmente, devido ao entendimento difundido entre os povos, de que a sexualidade feminina só poderia ser exercida em conjunto com um homem, sendo este indispensável para sua prática.

Na Grécia, a grande peculiaridade somada à cultura da pederastia institucionalizada, presente desde as sociedades primitivas, era ideia que a relação sexual entre dois homens, era capaz de promover-lhes uma vasta transmissão de conhecimento. Havia a difusão da ideia de livre escolha e desejo entre os sexos. Assim, Regis Fernandes de Oliveira defende que:

> Os gregos eram bissexuais, não tinham a visão dualista do comportamento sexual como dois tipos de comportamento radicalmente diferentes, eles aceitavam o amor ao seu próprio sexo e o amor pelo sexo oposto. Não havia uma linha de demarcação. Em outras palavras, um grego podia, simultânea ou alternadamente, amar um rapaz ou uma moça.

A “bissexualidade” como um comportamento sexual que conjugava a possibilidade de ora amar um homem, ora uma mulher, foi uma constante também em Roma, contudo, tal como ocorria sob a ótica das civilizações clássicas, o papel sexual exercido pelo homem, em uma relação homossexual, servia como fator subjugação que o equiparava às mulheres, sob o argumento que aquele estaria abrindo mão de sua masculinidade, ao assumir o papel passivo de uma relação sexual entre dois homens. Contudo, caso fosse possível que o homem demonstrasse sua eficiência em outras atividades consideradas aptas a consubstanciar sua masculinidade, tal punição poderia ser afastada de pleno.

Observa-se, por mais um momento, que o que estava em pauta, não era a homossexualidade em si, mas novamente, ao rebaixamento que acreditava-se estar o homem se submetendo, ao exercer um papel sexual inerente ao sexo feminino, razão pela qual Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, aponta o machismo como a origem mais remota da homofobia (preconceito e/ou discriminação contra homossexuais).

Com o advento da religião monoteísta, que tinha como crença principal, a existência de apenas um Deus, história e religião passaram a se confundir, forçando uma readequação do contexto através do qual naturalizava-se a homossexualidade, culminando em sua estigmatização.

A primeira das grandes religiões monoteístas, o Judaísmo originou-se por volta do século XVIII a.c, e sua crença ensejou a compilação de textos que posteriormente originaram o Antigo Testamento Bíblico e influenciou a religião cristã, alguns séculos depois. Os judeus, considerados pelo sentimento inequívoco de identidade cultural, condenavam a libertinagem sexual, definida como qualquer ato sexual realizado fora do casamento, ou que, realizado após o matrimônio, não tivesse por finalidade a procriação. E é neste sentido, que se interpreta, erroneamente, que por coibir a relação sexual tida como libertina, o que a religião judaica estaria condenando, seria a homossexualidade.

A homossexualidade, naturalizada pelo mundo antigo, passa então a ser difundida como algo condenável e um mal a ser erradicado dos contornos sociais, o que foi posteriormente incorporado pela religião cristã, desenvolvida sob os paradigmas judaicos, após a vinda de Cristo, que repetindo antigas disposições, o fez também em relação às condenações.

É, portanto, através da intercessão estatal, própria do regime teocrático, que se concretiza a concepção da homossexualidade como algo a ser combatido, o que era feito através dos reis e imperadores, que uma vez convertidos, passavam a editar leis criminalizando as práticas homossexuais a partir de interpretações descontextualizadas, punindo exemplarmente todo aquele que ousasse amar um igual, visando coibir novos adeptos. Restava, enfim, configurado na Idade Média, o modelo de discriminação em decorrência da orientação sexual, que seria pregado ao longo dos séculos.

A reforma protestante, movimento reformista cristão, culminado no início do século XVI e desencadeado por Martinho Lutero, rompeu a unidade do cristianismo no Ocidente e alterou de forma radical a estrutura eclesiástica.

Contudo, em que pese refutarem a já consolidada Igreja Católica em muitos aspectos, ratificaram a ideia de que apenas o ato sexual meramente procriativo e realizado no âmbito matrimonial, estaria legitimado pela moral divina. O que obviamente, excluía cabalmente a possibilidade de reconhecimento das relações homossexuais, ainda que pautadas no afeto.

No século XVIII, ainda sob a argumentação da defesa à liberdade sexual como uma forma de atingir a felicidade, o Iluminismo não foi capaz de romper com o estigma construído ao longo dos séculos, não conferindo a homossexualidade, qualquer resquício de dignidade ou legitimidade, ainda que isso constitua uma aparente incoerência entre a teoria e prática à época do movimento cultural em comento.

O racionalismo, por sua vez, também negligenciou as relações homossexuais, rechaçando o argumento religioso de discriminação, para conferir a ciência, o papel de justificar a segregação que vinha sendo perpetuada, o que culminou para a difusão da homossexualidade não como um pecado contra Deus, mas, como uma doença, passível de cura e sujeita a tratamento, não obstante, a ausência probatória do seu caráter patológico.

A configuração da homossexualidade como um distúrbio sexual e mental, corroborou para a persecução de sua estigmatização, que vinha sendo promovida paulatinamente pela religião e pelo Estado, alternada e concomitantemente. A "patologização" do amor romântico entre iguais culminou em esdrúxulas tentativas de tratamentos clínicos e psiquiátricos, que objetivavam alterar as preferências e desejos dos pacientes homossexuais. Hipnose, castração, terapias reparativas e de aversão, lobotomia e aplicações de choques convulsivos compunham as "orientações médicas" da época.

Apenas ao final do século XIX, que está tórrida realidade passou a ser reconsiderada pelas principais organizações mundiais de saúde e, apenas em maio de 1990, a Organização Mundial de Saúde - OMS - retirou a homossexualidade de sua lista de doenças mentais, declarando que "a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão" e que os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura da homossexualidade.

Obviamente, assim como o processo de "encobrimento" da homossexualidade, iniciado pelas religiões monoteístas, não se deu de forma automática, também a desconstrução das preconcepções dirigidas ao tratamento dos homossexuais por longos séculos, sob a ótica cristã e legislativa, e posteriormente médica, não se operou de imediato.

A heterossexualidade foi e continua prevalecendo, como a forma de expressão da sexualidade adequada ao Estado de Direito e, sobretudo, do Direito das Famílias, que estruturado sob a perspectiva patrimonialista e patriarcal, coloca à margem do ordenamento jurídico toda forma de constituição familiar que divirja da família constituída exclusivamente pelo homem, mulher e filhos.

Assim, oculta-se as famílias formadas por pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, oculta-se as famílias formadas por três ou mais pessoas que se relacionam afetiva e/ou sexualmente entre si, com ou sem filhos e, as pessoas que se autodeterminam sexualmente na relação com pessoa do mesmo sexo e do sexo oposto, além de tantas outras possibilidades de expressão singular da sexualidade, cuja proteção do Estado é fundamental a consecução de direitos civis pretendidos por esses agrupamentos sociais diversos.

A omissão, sobretudo legislativa, acerca do livre exercício da autodeterminação sexual como corolário do direito fundamental de liberdade e igualdade, impõe ao judiciário, ante a inafastabilidade da jurisdição e no exercício do poder contra majoritário, o dever de conferir eficácia a esses relacionamentos, conferindo aos sujeitos, direitos individuais e sociais, em virtude da família composta, sobretudo, no momento de sua dissolução por autodeterminação dos sujeitos que assim desejarem ou, sobrevindo o óbito de qualquer deles, para fins sucessórios e previdenciários.

3.2. Gênero e Identidade Sexual - uma história de violência

Vive-se no Brasil na atualidade momentos que mesclam de maneira intensa ganhos no que tange a liberdade sexual e verdadeiros ataques e avanços conservadores. Fala-se do Congresso mais conservador desde a Ditadura Militar no Brasil, o que repercute diretamente nos avanços ou retrocessos que a legislação e políticas públicas acabam por atender.

A naturalização de condutas - que aborda como sendo inerente a determinada condição, principalmente a ideia de gênero ou orientação sexual, características que são socialmente e construídas - somada a um histórico que tratou a homossexualidade como pecado, como doença, como crime, acaba por sustentar condutas violentas até hoje no Brasil e no mundo.

Durante a Idade Média a homossexualidade foi demonizada pela igreja católica, que perseguiu homossexuais por meio da inquisição (DIAS, 2012). Com a perda de espaço no cenário político da Igreja Católica, a homossexualidade saiu de cena, deixando de ser encarada como algo a ser perseguido pela máquina estatal, até então atrelada diretamente à religião. Entretanto permaneceu como algo moralmente inaceitável e que deveria ser coibido tanto pela família, heterossexual, patrimonialista e patriarcal, como pelos órgãos do Estado que não reconheciam a estas pessoas quaisquer tipos de Direitos.

Se anteriormente a homossexualidade era vista como maldição, como ato pecaminoso, passa a ser identificada como distúrbio, sendo incorporada como transtorno sexual na Classificação Internacional de Doenças - CID, no ano de 1975. Como patologia que, portanto, deveria ser tratada. Apesar de atualmente já ser uníssono na psiquiatria bem como na psicologia que a homossexualidade não é uma patologia, haja vista que no ano de 1995 deixou de fazer parte da CID perdendo o sufixo “ismo” que quer dizer doença e adotando o sufixo “dade” que define jeito de ser, isso dez anos após indicação da OMS quanto ao fato de

não ser a homossexualidade uma doença, ainda há pessoas que apontam o caminho de tratamentos tanto com medicamentos quanto com terapia para “curar” a homossexualidade (MOREIRA, 2017).

Por muito tempo a homossexualidade foi considerada uma perversão, ou seja, um desvio psiquiátrico relacionado a sexualidade. Porém, diversos estudiosos da mente humana e dos fenômenos a ela relacionados como Sigmund Freud já assinalavam para o fato de não tratar-se de um quadro de distúrbio, e sim de uma manifestação da sexualidade . Freud adota a teoria de que todos os seres humanos, bem como os animais, são aprioristicamente bissexuais, sendo uma predisposição biológica ora para o sexo oposto, ora para o mesmo sexo (ROUDINESCO, 1998).

Há ainda estudos, especialmente no campo da antropologia que apontam a homossexualidade, como uma questão influenciada também por aspectos culturais, assim como os demais aspectos da subjetividade humana como identidade e prática sexual. Independente de ser algo biologicamente determinado ou socialmente influenciado o fato é que definitivamente a homossexualidade não está no campo das patologias.

No ano de 1973, a Associação Psiquiátrica Americana - APA, retirou da homossexualidade da lista de doenças mentais. No Brasil, no ano de 1985, o Conselho Federal de Medicina - CFM, retirou a homossexualidade da condição de desvio sexual. O Manual Diagnóstico E Estatístico de Transtornos Mentais - DSM-IV, também retirou a homossexualidade da classificação de transtorno mental. Neste documento são identificados todos os transtornos mentais por meio de códigos e serve de orientação para a classe médica. Finalmente no ano de 1993, a Organização Mundial da Saúde - OMS, retirou o termo homossexualismo e adotou a expressão homossexualidade. Em 1995, a última versão da Classificação Internacional das Doenças - CID, o termo homossexualismo deixou de constar nos diagnósticos. E houve também no ano de 1999 uma resolução do Conselho Federal de Psicologia - CFP, proibindo qualquer tipo de ação que favoreça a patologização da homossexualidade (TONIETTE, 2017).

Recentemente, esssa questão do tratamento para a “cura” da homossexualidade foi retomada por meio de um projeto de decreto legislativo - PDL 243/2011 (BRASIL,2013), apresentado por um deputado federal e, inclusive, aprovado pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados - CDHM, isso obviamente por haver na citada comissão uma composição quase total de membros da bancada religiosa, havendo portanto um claro movimento religioso no aludido projeto. O objetivo era alterar a resolução

do Conselho Federal de Psicologia que faz a proibição do tratamento da homossexualidade, vez que esta não é mais considerada doença tanto pelos psiquiatras quanto pelos psicólogos como já fora dito anteriormente.

Trata-se de movimento que significa verdadeiro retrocesso diante de tudo que já foi discutido, pesquisado e concluído acerca do tema. Tal projeto não chegou a ser votado em plenário pois foi retirado da pauta a pedido daquele que o apresentou, diante de pressões exercidas por órgãos de defesa dos direitos LGBT, como do próprio Conselho Federal de Psicologia, outros parlamentares e de manifestações de civis nas ruas reivindicando o arquivamento dessa verdadeira aberração legislativa.

Com as mudanças sociais sofridas e consequente implicações para o homossexual e as relações homoafetivas, além de mudanças no próprio ordenamento jurídico que modificaram a forma de ler- se as leis, levando a uma interpretação mais inclusiva e mais preocupada com a promoção da dignidade do cidadão, houve um razoável avanço no que diz respeito aos direitos dos homossexuais e a tutela das relações homoafetivas.

3.3. A violência diária contra a comunidade LGBT - Homotransfobia em números

Estupros corretivos contra lésbicas. Transexuais que não podem usar banheiros com os quais se identificam. Gays que são xingados desde a infância. A violência contra a comunidade LGBT no Brasil é algo corriqueiro e muitas vezes encarado com naturalidade pela sociedade. Quando se analisa a questão da violência sob a ótica de teorias feministas e de gênero também denominadas de Teorias Queer - Joan Scott (1988) , Sara Salih (2001), Judith Butler (2017) - é notório que as condutas ocorrem em razão da manutenção de estereótipos marginalizados, relacionados a orientação sexual e identidade de gênero. Ou seja, numa ideia hegemônica e padronizada de sexualidade, todo aquele e aquela que não se enquadra, é considerado um desviante e merecedor muitas vezes de condutas agressivas.

O Brasil é o país do mundo que mais mata transexuais, segundo o grupo Transgender Europe, entre 2008 e 2014, foram assassinadas no Brasil 604 travestis e transexuais. Este número coloca o país enquanto o mais transfóbico do mundo. Os crimes são caracterizados por uma violência extrema, como o caso recente de tortura e assassinato de Dandara, amplamente noticiado, pois os assassinos filmaram todo o processo. Isso denota uma total despreocupação com qualquer ideia de punibilidade pelo ato cometido.

Condutas violentas contra essas minorias sexuais é algo endêmico. O site de noticias G1 juntamente com a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância - DECRADI - fez um levantamento sobre o mapa da violência no estado de São Paulo. Em dez anos, 465 vítimas fizeram boletins de ocorrência acerca de crimes motivados por homofobia no estado (2017). Importante salientar, que tais números são aqueles que foram registrados em razão da denúncia, havendo ainda os casos que não são denunciados, seja pela opressão social sofrida por tais grupos, ou mesmo pelo cometimento de tais crimes ocorrer por parte de pessoas próximas como familiares.

Assim como a ideia de feminino, o masculino também é construído. Logo, há formas pelas quais o indivíduo se reconhece e é reconhecido como homem: o perfil traçado pela mídia, o reconhecimento do grupo e a reação despertada (KORIN, 2001). A ideia de masculinidade é algo que supera de maneira clara o indivíduo homem. E isso é um vetor de violência contra grupos que coloquem - ainda que meramente por serem da maneira que se identificam - algum tipo de questionamento a essa dita masculinidade. Tal análise vai no sentido que, este indivíduo não é, a priori, detentor dessa masculinidade.

Na verdade ele é desde sempre formado para atender aos ditames que essa ideia social estabelece. Não se tem apenas um tipo de homem, e portanto, seria lógico não se ter apenas um formato de masculinidade. Entretanto, a prática cultural alicerçada em uma série de signos e significantes, acaba por estruturar uma realidade na qual só é reconhecido e reverenciado enquanto homem - detentor dessa ideia quase mítica de masculinidade - aquele que segue o que esta estabelece. Assim cria-se a ideia de uma masculinidade hegemônica. Neste sentido assevera Robert W. Connell e James W. Messerschimidt,

> A masculinidade hegemônica se distinguiu de outras masculinidades, especialmente das masculinidades subordinadas. A masculinidade hegemônica não se assumiu normal num sentido estatístico; apenas uma minoria dos homens talvez a adote. Mas certamente ela é normativa. Ela incorpora a forma mais honrada de ser um homem, ela exige que todos os outros homens se posicionem em relação a ela e legitima ideologicamente a subordinação global das mulheres aos homens (2017).

Deste modo o que se vivencia é uma masculinidade hegemônica que determina padrões muito fechados do “ser homem” e tais padrões passam não só por condutas dos homens em relação a si mesmo, mas especialmente no desprezo por tudo que faz referência ou contato com o feminino. É exatamente na ideia de uma inferioridade presumida da

mulher em relação a todo e qualquer homem - e a própria ideia de masculino enquanto essência - que serve de base para se justificar a conduta perniciosa de homens em relação as mulheres, aos transexuais e aos homossexuais. Pois, quando um homem se aproxima da ideia de feminino - seja por estilo de roupa, forma de falar ou pelo ato de estar com outro homem - ele está colocando em xeque toda a ideia de masculinidade e, portanto, merece ser marginalizado, quando não eliminado.

3.4. O discurso homotransfóbico no Brasil enquanto discurso de ódio - uma análise a luz dos Direitos Humanos

A ideia dos Direitos Humanos enquanto garantia do individuo em sua essência e num compromisso com seu livre desenvolvimento é simplesmente incompatível com a defesa do exercício irrestrito da liberdade de expressão, ainda que isso configure no ataque direto e ostensivo a determinado grupo.

Pensar os Direitos Humanos é muito mais que pensar em um corpo de normas, é muito antes conceber e pensar todo o Direito direcionado a uma nova perspectiva e com um compromisso de promoção da dignidade e reconhecimento social.

Nesse diapasão qualquer ponderação que considere o fator vontade da maioria no momento de estabelecer ou não políticas públicas a grupos socialmente minoritários ou estabelecer normas jurídicas que beneficiem tais grupos é um paradoxo em si mesmo.

Se houvesse uma vontade geral pelo beneficio igualitário de todos a própria ideia de direitos humanos como foi concebida no pós-guerra e como é entendida hoje deixaria de se fazer necessária. É como se em um pais onde os índices de criminalidade são quase nulos, estabelecesse como prioridade a construção de centenas de presídios. Só se precisa falar em proteção de minorias uma vez que socialmente há indivíduos que tem seus direitos cerceados por uma maioria estabelecida e que o faz de forma cultural e sistêmica.

3.5. Implicações das sexualidades divergentes

A efetivação de um projeto Democrático de Estado em uma sociedade factualmente plúrima, impende a tutela a livre autodeterminação sexual, corolário do direito a igualdade e liberdade, garantidos pelo artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, uma vez que, é

“apenas com o reconhecimento de liberdades iguais a todos indivíduos é que a legitimidade do direito se torna realidade”, o que significa ao indivíduo “cada vez mais, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, mais, o próprio projeto de vida.

A orientação sexual, como expressão da autodeterminação sexual, sugere não coadunar, portanto, com a ingerência da ordem pública, compreendida como “o complexo dos princípios e dos valores que informam a organização política econômica da sociedade, numa certa fase da sua evolução histórica, e que, por isso, devem considerar imanentes no ordenamento jurídico que vigora para aquela sociedade, naquela fase histórica”, sendo assim, espaço de livre manifestação da subjetividade existencial e singularidade humana.

O sujeito de direitos, enquanto ser autônomo e distinto, tem no livro exercício de sua sexualidade a sua condição de vida digna, peculiar e inviolável, sendo incontroverso que:

> Ninguém pode se realizar como ser humano, se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade de livre orientação sexual. O direito a tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade integra a própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual, o indivíduo não se realiza.

Diante do exposto, exemplifica-se a interpretação do direito civil na perspectiva de sua personalização, em observância a liberdade de autodeterminação sexual, a partir das decisões emanadas do poder judiciário, sobretudo, a partir do ano de 2010.

3.5.1. Análise da ADI 4.277 (julgada em conjunto com a ADPF 132) pelo STF que reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo

O julgamento conjunto da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, nº 132 e da Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI, nº 4277, no dia 04 e 05 de maio de 2011[33] pelo Supremo Tribunal Federal - STF representou a consolidação da revolução paradigmática proposta pela Constituição da República de 1988, e até então restrita as inspirações doutrinárias, culminando no reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, conferindo-lhes os mesmos direitos atribuídos à união estável entre um homem e uma mulher, atribuindo-lhes o *status familae*.

Apresentada ao Supremo Tribunal Federal brasileiro, pelo Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, em fevereiro de 2008, a ADPF, nº 132, postulou interpretação conforme a Constituição, para garantir a aplicabilidade do artigo 1.723 do Código Civil de 2002, às uniões homoafetivas, solicitando ao STF que fosse interpretado também à luz constitucional, o Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, declarando as decisões judiciais denegatórias de equiparação jurídica das uniões homoafetivas às uniões estáveis, como uma violação explícita de direitos fundamentais, sendo posteriormente recebido como ação direta de inconstitucionalidade, mantendo o objeto do pedido.

No ano seguinte, em julho de 2009, a Procuradoria Geral da República propôs a ADPF número 178 que terminou sendo recebida pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes, como a ADI número 4277, que postulou pela obrigatoriedade da declaração de reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, desde que preenchidos os requisitos necessários para configuração da união estável heterossexual, sendo-lhes estendidos os mesmos direitos e deveres, próprios desta entidade familiar.

O julgamento, acompanhado com grande expectativa, obteve decisão favorável ao reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, por unanimidade, cujo voto do Relator o Ministro Ayres Britto, foi acompanhado pelos Ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso e pelas Ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie.

Contudo, no que concerne a fundamentação da decisão, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso, convergiram no particular entendimento da impossibilidade de enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas, mas que era possível seu enquadramento como entidade familiar, com sustentáculo nos direitos fundamentais e caráter meramente exemplificativo do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Não obstante a divergência, o resultado foi uníssono: as uniões homoafetivas finalmente alçaram o status de entidade familiar, na modalidade de união estável, invocando toda gama de direito e deveres a ela inerentes.

3.5.2 Análise do Recurso Especial de número 1.183.378, julgado pelo STJ, que permitiu a habilitação para o casamento civil entre duas mulheres.

Após a decisão do STF no julgamento conjunto da ADPF, número 132 e ADI, número 4277, que declarou a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo, casais homoafetivos passaram então a pleitear o reconhecimento jurídico ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Provocando uma verdadeira celeuma em âmbito doutrinário e judicial.

Observemos que o Código Civil de 2002, não possui uma definição de casamento como sendo a união entre homem e mulher. A Constituição Federal de 1988 tampouco traz uma definição de casamento ou impõe a diversidade de sexos como requisito para a existência e validade matrimonial.

Seria em decorrência da locução "homem e mulher", presente em diversos dispositivos, ao exemplo dos artigos 1.514, 1.535 e 1.565, ambos do Código Civil de 2002[34], que defendeu-se por muito tempo, que esta seria a única forma de constituição válida do casamento civil, uma presunção interpretativa em detrimento das novas entidades familiares, resultado da herança histórica advinda da concepção do matrimônio como um meio de legitimar as relações sexuais entre um homem e uma mulher, o que não coaduna com a família hodierna.

Ademais, sendo possível a constituição de uma união estável por um casal homoafetivo, ao qual oficialmente foi conferido o status de entidade familiar, pelo STF, determina a ordem constitucional, que seja facilitada a sua conversão em casamento.

A decisão do STF, entretanto, não foi igualmente recepcionada pelos tribunais de instâncias inferiores, que continuavam decidindo, cada um conforme seus próprios precedentes acerca de entidade familiar e sua (in)aplicabilidade às uniões homoafetivas.

Diante disso, um casal de mulheres do Rio Grande do Sul, em que pese já configurada a união estável naquela união, tiveram o pedido de habilitação para o casamento negado em primeira e segunda instância, forçando o Superior Tribunal de Justiça - STJ, a decidir, em Recurso Especial, acerca da possibilidade do casamento civil entre duas pessoas do mesmo sexo.

Dentre os fundamentos e sob a égide do princípio da legalidade, do qual decorre o mandamento legal que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, o casal sustentou não existir impedimento no ordenamento jurídico para o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Aplicando-se a regra de direito privado, segundo a qual, é permitido o que não é expressamente proibido.

No julgamento do Recurso Especial, que ocorreu em outubro de 2011, o STJ entendeu, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Ministro Relator Luís Felipe Salomão, seguido pelos ministros Marco Buzzi, Maria Isabel Gallotti e Antônio Carlos Ferreira.

O colegiado, em apertada síntese, ao dar provimento ao recurso, entendeu que os artigos 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 do Código Civil, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ressaltando que os óbices relativos às expressões "homem e mulher" - presentes no Código Civil de 2002 e na Constituição Federal de 1988 – foram afastados por eles e pelo STF para permitir a caracterização da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ademais, o legislador poderia se quisesse, ter utilizado expressão restritiva, de modo que o casamento entre pessoas do mesmo sexo ficasse definitivamente excluído da abrangência legal, o que não ocorreu.

O Ministro Raul Araújo, ao fundamentar pelo não conhecimento do Recurso Especial, entendeu que tratava-se de matéria de cunho constitucional, enfatizando que as leis civis, cumprem mero papel regulamentador da norma constitucional no que concerne a disciplina das espécies de entidades familiares expressamente reconhecidas pela Constituição Federal de 1988. Concluindo que, somente ao Supremo Tribunal Federal competia deliberar sobre o mérito do Recurso Especial em exame, sendo o voto vencido no mérito.

3.5.3 O Conselho Nacional de Justiça e a Resolução 175/2013

Dando fim a esta cadeia normativa, em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça, embasado nas recentes decisões proferidas pelo STF, no julgamento da ADPF número 132 do Rio de Janeiro e da ADI número 4.277 do Distrito Federal, e pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial número 1.183.378 do Rio Grande do Sul, em maio e outubro de 2011, respectivamente, aprovou resolução proposta por seu presidente, o ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, nos seguintes termos:

> Art. 1 - É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
> Art. 2 - A recusa prevista no artigo 1 implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.
> Art. 3 - Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Tornando defeso aos cartórios de todo o Brasil, negarem-se a celebração do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo, ou negar-lhes o pedido de conversão de união estável em casamento, não obstante a identidade de sexo.

Em termos práticos, em que pese a inércia conveniente do legislativo em regular ou assegurar o pleno desenvolvimento das uniões homoafetivas, o judiciário por meio de decisões reiteradas, tornou pacífico, ainda que somente em sede judicial, o descabimento de negar a estas uniões, o reconhecimento jurídico, seja pela segregação não coadunar com os princípios inerentes ao direito das famílias, e menos ainda com o Estado Democrático de Direito, ou seja porque concluiu-se que a dignidade da pessoa humana, consagrada pela Constituição da República de 1988, não é aumentada nem diminuída em razão do uso da sexualidade, e que a orientação sexual não pode servir de pretexto para excluir família da proteção jurídica representada pelo casamento.

4. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Os resultados esperados abarcam os produtos técnicos, como as oficinas que serão ministradas e o material gráfico digital - cartilha, folders, folhetos - que serão confeccionados, também a própria edição dessas oficinas e eventos que podem vir a ser realizados – de acordo com as demandas e engajamento da população – e ainda produção cientifica compreendendo as análises realizadas pelos membros do projeto. Além disso, todo o material fotográfico e audiovisual produzido ao longo do trabalho será objeto de arquivamento para sua utilização enquanto dados de trabalho a serem explorados como fonte de pesquisa e produção cientifica.

Tais produtos serão objeto de envio para congressos e publicações como revistas e periódicos. Será realizado ainda, evento no próprio IFMG - Campus Ribeirão das Neves objetivando a divulgação dos resultados na forma de colóquio para toda a comunidade acadêmica e a comunidade em geral. Nessa oportunidade será apresentada todas as etapas de realização/execução do projeto, bem como a demonstração por meio do material desenvolvido das reuniões realizadas, oficinas desenvolvidas e executadas, material gráfico confeccionado e divulgado para a comunidade em geral, rodas de conversa organizadas, e material de pesquisa levantado e desenvolvido pelo grupo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando todo o exposto e a situação atual, onde ocorreram avanços para o público LGBT+ por meio de decisões judiciais - em especial as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) - que buscam garantir o acesso a direitos fundamentais para essa população, faz-se necessário que as pessoas que se enquadram no grupo, bem como a população em geral acessem tais informações e tenham consciência do que foi construído. Ou seja, além de se discutir o pano de fundo cultural que leva a discriminação, será trazido diversas informações que correspondem a definições recentes no plano normativo que repercute de maneira direta em todo o tecido social.

Para além, é necessário estabelecer verdadeira rede entre os diversos agentes que atuam na temática em Minas Gerais e aqueles que estão diretamente envolvidos com o assunto nas comunidades. A busca por parcerias junto a órgãos como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG - que possui ações contra a discriminação; a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais que também possui uma série de ações que apontam para o caminho da valorização da diversidade. Além da própria Policia Militar do Estado que em caso de violência são os primeiros a ter contato com essa população.

O direito de todas as minorias sociais possui como uma de suas caracteristicas a historicidade, pois resultam da luta ao longo do tempo para sua conquista e posteriormente por sua efetivação. Não podemos nos enganar, sempre haverá atores buscando a retirada desses direitos com base nos mesmos preconceitos e discriminações do passado. Então compreender os fenômenos e fomentar uma educação comprometida com a diversidade é nossa maior arma.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Disponível em: < https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053> Acesso em: 04 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5543**. Disponível em: < https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4996495> Acesso em: 05 de maio de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal – STF. **Mandado de Injunção nº 4733**. Disponível em: < https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576> Acesso em: 04 de maio de

2020. BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade. 13 edição. Trad. Renato Aguiar. Revisão Técnica. Joel Birman. Civilização Brasileira. Rio de Janeiro, 2017.

CONNELL, Robert W.; MESSERSCHMIDT, James W.. **Masculinidade hegemônica: repensando o conceito**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 21, n. 1, p. 241-282, maio 2013. ISSN 1806-9584. Disponível em: . Acesso em: 15 dez 2017.

DIAS, Maria Berenice. **União Homoafetiva: O preconceito e a Justiça**. 5ª Ed. Revista dos Tribunais. Barra Funda, SP. 2012.

ISNA. Sociedade Americana de Intersexo. **What is intersex?**. Acesso em: 15/11/2017. Disponível em: <www.isna.com>.

KORIN, Daniel. **Nuevas perspectivas de género en salud**. Revista Adolescencia Latinoamericana. Volume 2. Nº 2.2001.

MOREIRA, F.; MADRID, D.. A **HOMOSSEXUALIDADE E A SUA HISTÓRIA**. ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498, América do Norte, 4 1 12 2009. Disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1646/1569. Acesso em 12 dez 2017.

ROUDINESCO, Elisabeth e PLON, Michel. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

SALIH, Sara. **Judith Butler e a Teoria Queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2013.

SCOTT, Joan. Tradução: Christine Rufino Dabat. Maria Betânia Ávila. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Revista Educação e Realidade. 1998.

THIOLLENT, Michel. **Metodologia da Pesquisa-ação**. 2ª edição. Editora Autores Associados, 2011.

TONIETTE, Marcelo Augusto. **Um Breve Olhar Histórico Sobre a Homossexualidade.** Revista Brasileira de Sexualidade Humana, São Paulo, 01 à 06 de 2006. Disponível em: http://www.sbrash.org.br/portal/images/stories/pdf/5-rbsh-vol17-2006-n1.pdf#page=37. Acesso em 15 dez 2017.

VIEIRA, Helena. **Teoria Queer, o que é isso?** Revista Fórum, 7 jun. 2015. Disponível em: <www.revistaforum.com.br/osentidos/2015/06/07/teoria-queer-o-que-e-isso-tensoes-entre-vivencias-e-universidades/>. Acesso em: 10 jun. 2016.