

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 17, número 1, jan./abr. 2022



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 17, número 1, jan./abr. 2022

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 17, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2022



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)
©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura
Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo
Coordenador do Curso de Direito: Prof. Mestre Iuri Simões Mota

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)
Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil
Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello

Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

v. 17, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2022 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2022– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

SUMÁRIO

A CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA. Isabela de Assis Godoy e Eveline Gonçalves Denardi	11
O PARADIGMA RESTAURATIVO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO À REINTEGRAÇÃO DO EGRESSO: um novo olhar para o sistema prisional luso-brasileiro. Carlos Alberto Miranda Santos	29
A DESCOLONIZAÇÃO PARA A REFUNDAÇÃO DO ESTADO E AS CONSTITUIÇÕES PLURINACIONAIS LATINO-AMERICANAS. Heloise Buss Morvan	54
REFLEXÕES ACERCA DA CONJUGALIDADE LGBTI NA AMÉRICA LATINA: um estudo comparativo entre o Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos. Brendhon Andrade Oliveira e Bruna Andrade Irineu	70
OS CAMINHOS BIOÉTCOS, JURÍDICOS E FILOSÓFICOS DA DISCUSSÃO SOBRE A CLONAGEM HUMANA. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha	93
O REGIME INTERNACIONAL DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E AO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO: uma análise da conformação do Brasil às normas internacionais. Elisa Lobo Pereira	125
ADOÇÃO INTERNACIONAL: análise da legislação brasileira a partir dos princípios constitucionais. Marcela Durães Borges, Marcelo Brito e Mariana Silva Jardim	143
DIREITO E LITERATURA: análise da desigualdade de gênero a partir da distopia em <i>O Poder</i>. Heidy Cristina Boaventura Siqueira, Marcelo Brito, Simone Rosiane Corrêa Araújo e Wellem Ribeiro da Silva	161
A ÉTICA SPINOZANA E A CRISE DA TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE. Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt e Paulo Henrique Campos Leite	174
O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL E A LEITURA AXIOLÓGICO-INDUTIVA DA CONSTITUIÇÃO. Guilherme Sandoval Góes	183

EDITORIAL

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 17, número 1, referente ao quadrimestre de 2022, traz muitos artigos científicos com profundidade e abordagens importantíssimas com muitos dos atuais cenários nacionais e internacionais em discussão. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova de expansão desse valioso periódico em várias partes do Brasil e do mundo. E é o que este volume 17, número 1, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos centros de produção acadêmica e cultural. Para tanto, segue após essa minha fala um pontual um olhar panorâmico escrito pela profa. Ms. Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales

Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 10 de abril de 2022.

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

A ciência se faz a partir de estudos que se valem de métodos e técnicas que investigam fatos ou fenômenos da realidade os quais oportunizam a construção do conhecimento científico. A divulgação desse conhecimento obtido a partir de técnicas científicas sistematizadas é essencial para a edificação de uma sociedade mais crítica e conhecedora de sua própria realidade.

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, nesse contexto, exerce papel fundamental de formar e informar seus leitores acerca de fatos e fenômenos sociais e jurídicos relevantes que impulsionam a construção do conhecimento científico sob a perspectiva de cientistas que muito se debruçaram sobre a realidade pesquisada.

Os textos publicados nessa edição da RBEJ se preocupam com a diversidade temática bem como com a atualidade dos temas pesquisados. O que pode ser verificado já no primeiro artigo intitulado **A CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**, no qual a autora **Dra. Eveline Gonçalves Denardi**, se propõe a analisar a construção da arbitragem como meio de garantir o acesso à justiça, bem como confrontar a confidencialidade da arbitragem à publicidade inerente à administração pública.

O **Professor Pós-Doutor e Jurista Carlos Alberto Miranda Santos** desenvolve uma temática relevante e atual, ao abordar a necessidade do desenvolvimento de políticas públicas para garantia de efetividade da “justiça restaurativa”, no sistema prisional luso-brasileiro, em sede do artigo **O PARADIGMA RESTAURATIVO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO À REINTEGRAÇÃO DO EGRESSO: um novo olhar para o sistema prisional luso-brasileiro.**

Na sequência, **Heloise Buss Morvan** estabelece a discussão acerca do sistema jurídico fixado a partir do processo de colonização dos Estados-nação da América Latina, com o trabalho intitulado de **A DESCOLONIZAÇÃO PARA A REFUNDAÇÃO DO ESTADO E AS CONSTITUIÇÕES PLURINACIONAIS LATINO-AMERICANAS.**

No artigo, **REFLEXÕES ACERCA DA CONJUGALIDADE LGBTINA AMÉRICA LATINA: UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**, **Brendhon Andrade Oliveira** e a **Dra. Bruna Andrade Irineu**, contrapõem o reconhecimento da conjugalidade LGBTQI+ no Brasil e a opinião Consultiva 24 de 2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com o texto, **OS CAMINHOS BIOÉTICOS, JURÍDICOS E FILOSÓFICOS DA DISCUSSÃO SOBRE A CLONAGEM HUMANA**, objetivam os autores, a **Dra. Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann** e **Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha**, estabelecer discussão interdisciplinar acerca da clonagem humana.

A RBEJ apresenta ainda reflexões propostas por **Elisa Lobo Pereira** acerca de **O REGIME INTERNACIONAL DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E AO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO: UMA ANÁLISE DA CONFORMAÇÃO DO BRASIL ÀS NORMAS INTERNACIONAIS**, cujo texto suscita a conjugação de esforços transnacional para combate à criminalidade ante o fenômeno da globalização.

Há ainda o texto **ADOÇÃO INTERNACIONAL: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**, no qual os autores **Marcela Durães Borges**, **Marcelo Brito** e **Mariana Silva Jardim** se dispõem a analisar a consonância da legislação brasileira com a adoção internacional.

O texto **DIREITO E LITERATURA: ANÁLISE DA DESIGUALDADE DE GÊNERO A PARTIR DA DISTOPIA EM O PODER**, os autores discutem a desigualdade de gênero a partir da obra *O Poder*, de Naomi Alderman.

Nas discussões propostas por **Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt** e **Paulo Henrique Campos Leite**, intitulado **A ÉTICA SPINOZANA E A CRISE DA TEORIA NORMATIVA PURA DA CULPABILIDADE**, os autores refletem sobre a crise da teoria pura da culpabilidade a partir das reflexões de Spinozana.

A RBEJ encerra esse volume com as reflexões de **Guilherme Sandoval Góes**, sobre **O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL E A LEITURA AXIOLÓGICO-INDUTIVA DA CONSTITUIÇÃO**, uma abordagem atual sobre o novo constitucionalismo da pós-modernidade, que intenta promover a reaproximação entre o direito e a ética, de forma a garantir a força normativa dos princípios constitucionais.

Com a diversidade de temas dispostos nessa edição, a Revista Brasileira de Estudos Jurídicos reafirma seu compromisso com a difusão do conhecimento científico na busca pela compreensão global de temáticas afetas as ciências jurídicas.

Profa. Ms. Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales

ARTIGOS

A CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

THE CONFIDENTIALITY IN ARBITRATIONS WITH THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION

Isabela de Assis Godoy¹

Eveline Denardi²

SUMÁRIO

Introdução. 1. A relevância da confidencialidade na escolha da via arbitral para solução do conflito. 2. O caráter historicamente privado da arbitragem e confidencialidade arbitral. 3. Extensão da confidencialidade à luz dos regulamentos de Câmaras Arbitrais. 3.1. Pessoalidade da confidencialidade arbitral: quem tem o dever de sigilo. 3.2. A materialidade da confidencialidade arbitral: o que deve ser sigiloso. 3.3. A temporalidade da confidencialidade arbitral: quando deve ser sigiloso. Considerações finais. Referências.

RESUMO: Este artigo analisa os efeitos da confidencialidade arbitral em procedimentos com a Administração Pública Brasileira sob três perspectivas, interseccionando estas óticas e a publicidade inerente à Administração. Inicialmente, se demonstra a relevância da confidencialidade na arbitragem. Depois são confrontados dispositivos de Regulamentos de Câmaras Arbitrais sobre sigilo. Em seguida, a confidencialidade é abordada sob três óticas: pessoal: quem deve obedecer à regra de confidência; material: o que deve ser sigiloso; e temporal: período de manutenção do sigilo. A reflexão última será sobre o posicionamento da Administração Pública à luz das óticas exploradas, concluindo-se pela compatibilidade da Administração com a arbitragem.

Palavras-chave: Confidencialidade. Arbitragem. Administração Pública.

¹ Pós-graduada em Direito Digital e Compliance (2020) pelo Instituto Damásio de Direito (Damásio) Graduada em Direito (2018) pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Mestranda em Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos pela Escola Paulista de Direito (EPD).

² Doutora (2012) e Mestre (2018) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) Graduada em Jornalismo (1998) e em Direito (2004), ambos pela PUC-SP. Professora na Escola Paulista de Direito (EPD), no programa de mestrado, disciplina Metodologia de Pesquisa e Ensino do Direito e na Fundação Instituto de Administração (FIA), nos cursos de MBA e pós-graduação *lato sensu* em Gestão de Fraudes e Compliance, disciplina Metodologia de Pesquisa. Pesquisadora do CNPq pelo Núcleo Dignidade Humana e Garantias Fundamentais na Democracia, da Faculdade de Direito da PUC-SP. Orientadora acadêmica para a elaboração de textos científicos, revisora técnica e editora de livros jurídicos.

ABSTRACT: This article analyzes the effects of arbitration confidentiality in procedures with the Brazilian Public Administration from three perspectives, intersecting these perspectives and the publicity inherent to the Administration. Initially, the relevance of confidentiality in arbitration is demonstrated. Afterwards, Arbitration Chamber Regulations on confidentiality are confronted. Then, confidentiality is approached from three perspectives: personal: who must obey the confidentiality rule; material: what must be confidential; and temporal: period of confidentiality maintenance. The final pondering will be on the position of the Public Administration in light of the explored optics, concluding for the compatibility between the Administration and arbitration.

Keywords: Confidentiality. Arbitration. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Com a redação da Lei n. 13.129 de 2015 conferida à Lei n. 9.307 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), tornou-se possível a solução de conflitos com a Administração Pública por meio da arbitragem (BRASIL, 1996)³. Ao possibilitar a utilização pela Administração Pública da arbitragem, a lei também impôs que, nestes casos, fosse respeitado o princípio da publicidade (BRASIL, 1996)⁴.

Como será demonstrado, embora não exista universalidade nem homogeneidade internacional tampouco nacional sobre a aplicação da confidencialidade na arbitragem, essa é uma forte característica desse meio de solução de conflito, estando presente nas mais diversas formas, em variados níveis de abrangência em rigidez em diversas Câmaras Arbitrais.

O princípio da publicidade no direito brasileiro impõe à Administração Pública a transparência como regra. Este princípio não é um fim em si mesmo, mas uma forma de possibilitar *accountability* servindo para auxiliar na concretização de outras normas (MOREIRA NETO, 2005, p. 83). Neste sentido se posiciona Celso Ribeiro Bastos:

A publicidade dos atos estatais e mais restritamente no caso dos da Administração tem sido uma preocupação constante no Estado de Direito. Só a publicidade permite evitar os inconvenientes necessariamente presentes nos processos sigilosos. O conhecimento,

³ Artigo 1º, § 1º “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

⁴ Artigo 2º, § 3º “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

portanto, da atuação administrativa é indispensável tanto no que diz respeito à proteção dos interesses individuais como também aos interesses da coletividade em exercer o controle sobre os atos administrativos (BASTOS, 2002, p. 44).

Definido o caráter veicular da publicidade enquanto meio à finalidade de responsabilização de forma de concretização da *accountability*, as limitações à confidencialidade arbitral devem possibilitar essa prestação de contas da Administração, não a mera transparência por si própria.

Esclarecida a natureza do princípio da publicidade da Administração Pública, deve-se então olhar para a confidencialidade arbitral para entender a relevância deste instituto e as formas como ele é utilizado, a fim de se traçar uma intersecção equilibrada entre a confidência arbitral e a publicidade Administrativa.

1 A RELEVÂNCIA DA CONFIDENCIALIDADE NA ESCOLHA DA VIA ARBITRAL PARA SOLUÇÃO DO CONFLITO

A confidencialidade é costumeiramente mencionada como uma das vantagens da arbitragem comercial. Em pesquisa conduzida pela Queen Mary University of London e a School of International Arbitration (QUEEN, 2018), a confidencialidade ficou em 5º lugar no *ranking* de características mais importantes da arbitragem internacional.

Esta pesquisa foi realizada entre outubro e dezembro de 2017 e conduzida por diversos juristas, dentre eles professores, pesquisadores, advogados, acadêmicos e atuantes da arbitragem em geral.

A fase quantitativa da pesquisa foi respondida por 922 voluntários, dentre os quais 66% afirmaram terem participado de 5 ou mais arbitragens, grupo de respondentes composto por advogados, árbitros e outros atuantes da arbitragem. Na fase qualitativa da pesquisa, foram conduzidas 142 entrevistas presenciais ou telefônicas com um grupo diverso de praticantes da área arbitral de papeis, experiência e níveis hierárquicos variados, incluindo respondentes de 30 países e de 42 cidades de todos os continentes (exceto a Antártica).

Quando este grupo atuante da área arbitral e diverso em sua composição foi questionado sobre quais seriam as três características mais importantes na arbitragem internacional, a confidencialidade ocupou o 5º lugar, com 36% de votos, sendo alocada inclusive em posição muito superior à celeridade, que ocupou o 8º lugar.

No sistema jurídico brasileiro, é muito comum encontrar juristas que enxergam no Poder Judiciário um sistema afogado, congestionado pela avassaladora quantidade de litígios iniciados. Ao final de 2018, foram contabilizados 78,7 milhões de processos em tramitação, conforme relatório anual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (CONSELHO, 2019).

Face à sobrecarga do sistema judicial, tornaram-se corriqueiras as críticas à morosidade de tramitação e solução dos conflitos, de modo que a arbitragem passou a ser divulgada por litigantes como um caminho mais veloz e, portanto, mais adequado para resolver certas demandas (SARDA, 2008).

Ainda assim, arbitralistas do mundo todo elegeram a confidencialidade elemento quase duas vezes mais importante que a própria celeridade. Na mesma pesquisa, quando questionado diretamente sobre a importância da confidencialidade na arbitragem comercial internacional, 40% do público consultado respondeu que essa é uma característica extremamente importante e mais 33% afirmaram que esta característica é importante (QUEEN, 2018).

Estes dados demonstram a grande relevância da confidencialidade arbitral para sua comunidade. Na prática, o instituto serve para preservar diversos elementos do processo arbitral: documentos que contenham segredos industriais, demonstrações de contas, negociações em aberto, testemunhas, o próprio tráfego dos autos e as audiências.

2 O CARÁTER HISTORICAMENTE PRIVADO DA ARBITRAGEM E CONFIDENCIALIDADE ARBITRAL

Por muito tempo, a comunidade internacional não realizou grandes questionamentos sobre a confidencialidade, uma vez que a natureza privada dos procedimentos arbitrais impunha por si um dever de sigilo. Isto se manteve até o início da década de 1980, quando algumas cortes nacionais começaram a promulgar entendimentos diversos (MEZA-SALAS, 2018).

Neste momento, cortes soberanas passaram a diferenciar o caráter privado das Câmaras Arbitrais da tramitação privativa dos procedimentos, questionando a natureza confidencial dos litígios na arbitragem.

Desta ruptura sobrevieram interpretações muito distintas sobre a confidencialidade na arbitragem. No caso *Esso v. Plowman*⁵, a Alta Corte Australiana entendeu que a confidencialidade não era um atributo essencial da arbitragem. Nos Estados Unidos, no processo *U.S. v. Panhandle*⁶, ficou entendido que não havia um princípio geral de confidencialidade arbitral, enquanto na Suíça, em *Bulbank v. A.I. Trade Finance*⁷, a Suprema Corte julgou pela existência de um dever implícito de confidencialidade nas arbitragens comerciais internacionais.

Atualmente, o cenário internacional é completamente diverso a respeito da natureza da confidencialidade dentro do universo arbitral. Algumas cortes entendem como princípio geral ou elemento característico essencial da arbitragem, enquanto outras desconsideram qualquer relevância ou impacto deste sigilo.

É importante entender como se posicionam as cortes locais sobre a confidencialidade porque, em última instância, ainda que a Câmara Arbitral cumpra ou estabeleça todo e qualquer nível de sigilo, a intervenção final do Poder Judiciário se sobreporá a qualquer posicionamento das respectivas câmaras. Inclusive, na referida pesquisa da Queen Mary University, a intervenção de cortes nacionais foi votada a 6ª pior característica da arbitragem (QUEEN, 2018), tamanha a interferência que os tribunais soberanos podem causar nos procedimentos arbitrais.

No Brasil não existe disposição legal específica a respeito da confidencialidade ou dever de sigilo arbitral. A única previsão legal mencionada para embasar debates a respeito dessa característica é o Artigo 13, §6º da Lei de Arbitragem que aborda o dever de discrição dos árbitros (BRASIL, 1996)⁸.

Sem grandes elaborações legais a respeito da confidencialidade, ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência definir e delimitar a natureza, os atributos, as características e a extensão da confidencialidade arbitral. Nesse sentido, doutrinadores pátrios uma vez já se manifestaram sobre a interpretação deste dever de discrição como dever de sigilo, inclusive abarcando a administração do procedimento arbitral, isto é, a câmara e demais envolvidos, nesta discrição imposta ao árbitro. Mas esta interpretação não se sustentou por muito tempo e obras mais atuais de mesma autoria apresentaram posicionamento diverso (FITCHNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019, p. 595).

⁵*Esso and others v. Plowman* (1995) 128 A.L.R. 391 — High Court of Australia.

⁶*U.S. v. Panhandle et al.* (1988) 118 F.R.D. 346 (D. Del) — in United States.

⁷*Bulbank v. A.I. Trade Finance* (2000) The Supreme Court of Sweden, case T1881-99.

⁸ Artigo 13º, § 6º “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

Carlos Alberto Carmona, em seus comentários à Lei de Arbitragem, distingue fortemente dever de discricção legal e confidencialidade arbitral. Recorda que a arbitragem no Brasil não detém confidencialidade inerente, devendo esta previsão constar do regulamento da instituição arbitral competente para julgar o procedimento (CARMONA, 2009, p. 246).

Por esta ausência de disposição legal que a regule, não é possível afirmar que existe um princípio brasileiro de confidencialidade arbitral, tampouco um dever inerente de sigilo apenas pelo caráter privado destes procedimentos. No Brasil, a confidencialidade é regra imposta por cada uma das Câmaras Arbitrais através de seus respectivos regulamentos, conforme definido pelo autor.

Assim, para que seja possível um estudo a respeito da extensão da confidencialidade nas arbitragens nacionais ou processadas no Brasil, deve-se voltar aos regulamentos das Câmaras Arbitrais.

3 EXTENSÃO DA CONFIDENCIALIDADE À LUZ DOS REGULAMENTOS DE CÂMARAS ARBITRAIS

Não seria possível realizar um levantamento completo dos diversos regulamentos existentes no Brasil face à multitude de Câmaras Arbitrais existentes. Portanto, será feita uma exposição de alguns destes regulamentos existentes, cujas Câmaras possuem relevante volume de procedimentos arbitrais em andamento.

Para efeitos comparativos, cita-se o excerto a respeito da confidencialidade trazido nos próximos regulamentos.

O Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá (“CCBC”) determina:

14.1. O procedimento arbitral é sigiloso, ressalvadas as hipóteses previstas em lei ou por acordo expresso das partes ou diante da necessidade de proteção de direito de parte envolvida na arbitragem.

14.2. É vedado aos membros do CAM-CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral. (CENTRO, 2012)

A International Chamber of Commerce (“ICC”) impõe:

Artigo 6: Confidencialidade

O trabalho do Tribunal é de natureza confidencial que deve ser respeitada por todos os participantes neste trabalho em qualquer capacidade. O Tribunal estabelece regras a respeito das pessoas que podem comparecer a reuniões do Tribunal e seus Comitês e quem tem direito a acessar materiais relacionados ao trabalho do Tribunal e seu Secretariado⁹ (tradução nossa)

A Amcham Brasil (“Amcham”) preconiza:

ARTIGO 10 – SIGILO

Todos os trabalhos e documentos do Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, incluindo audiências, sessões do Conselho Consultivo etc., têm caráter confidencial. O caráter confidencial dos trabalhos e dos documentos do Centro será respeitado por todos os membros do Centro, os membros do Conselho Consultivo, assim como por todas as pessoas que tenham acesso aos trabalhos do Centro. (AMCHAM)

A Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP FIESP (“FIESP”) rege:

10.6. É vedado aos membros da Câmara, aos árbitros e às partes divulgar informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral, salvo em atendimento à determinação legal (CÂMARA)

⁹“Article 6: Confidentiality The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity. The Court lays down the rules regarding the persons who can attend the meetings of the Court and its Committees and who are entitled to have access to materials related to the work of the Court and its Secretariat.”. INTERNATIONAL Chamber of Commerce. **Arbitration rules**. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/> Acesso em: 20 maio 2020.

A Brasil Bolsa Balcão (“B3”) manda:

9.1 Sigilo. O procedimento arbitral é sigiloso, devendo as partes, árbitros e membros da Câmara de Arbitragem abster-se de divulgar informações sobre seu conteúdo, exceto em cumprimento a normas dos órgãos reguladores, ou previsão legal (BRASIL BOLSA)

Face a esta aglutinação simplificada das diversas normativas arbitrais, a percepção das semelhanças e das diferenças se torna mais fácil. Assim, serão analisados três aspectos dos regulamentos sobre confidencialidade: pessoal, para avaliação de quem dentre os diversos participantes do procedimento arbitral tem o dever de sigilo; material, para compreender o que, dentro do procedimento, deve ser mantido sob sigilo; e temporal, para avaliar a extensão da confidencialidade no tempo.

3.1 Pessoaalidade da confidencialidade arbitral: quem tem o dever de sigilo

Sobre quem deve respeitar a confidencialidade do procedimento arbitral, a CCBC traz regulamento muito abrangente, afirmando ser “vedado aos membros do CAM-CCBC, aos árbitros, aos peritos, às partes e aos demais intervenientes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral” (CENTRO, 2012). Desta linguagem, conclui-se que absolutamente todas as partes envolvidas em qualquer momento, instância ou papel na arbitragem são obrigadas ao sigilo imposto pelo regulamento.

AAMCHAM também tem um regulamento extenso como o anterior, obrigando “todas as pessoas que tenham acesso aos trabalhos do Centro” (AMCHAM) à manutenção da confidencialidade.

A FIESP e a B3 têm regulamentos similares quanto a quem deve respeitar a confidencialidade, em ambos limitando esta obrigatoriedade à Câmara, árbitros e partes do respectivo procedimento arbitral.

A ICC, por outro lado, delimita uma confidencialidade muito menos abrangente quanto aos participantes do procedimento, vinculando somente a Câmara ao sigilo: “O trabalho do Tribunal é de natureza confidencial e deve ser respeitado por todos que participam deste trabalho em qualquer capacidade¹⁰” (tradução nossa). Ao abordar a confidencialidade, a ICC se refere

¹⁰“The work of the Court is of a confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity”.

especificamente ao trabalho desenvolvido pela Câmara e àqueles que participam deste trabalho. Portanto, além do árbitro, somente as pessoas que trabalharem na secretaria ou representarem a Câmara em qualquer instância durante o procedimento têm o dever de confidencialidade.

Conforme os dois primeiros regulamentos destrinchados, CCBC e AMCHAM, absolutamente todas as partes têm o dever de sigilo. Isso envolve uma ampla gama de personagens: partes, árbitros, membros da Câmara, peritos, assistentes, jornalistas, repórteres, tradutores, assistentes, testemunhas, representantes, advogados e conselheiros consultivos. Enfim, toda e qualquer pessoa que tenha acesso a qualquer informação referente ao material descrito como sigiloso pelo regulamento deve respeitar a confidencialidade.

A FIESP e a B3, ao limitarem a confidencialidade à Câmara, árbitros e partes, não protegem completamente o sigilo do procedimento, tampouco possibilitam uma transparência plena da arbitragem.

Por último, a ICC somente regula seu próprio dever de confidência, determinando que a Câmara e seus diversos representantes são obrigados ao sigilo, mas deixando as partes livres para atuarem de forma diversa.

Sem qualificar as diferentes características das regulamentações trazidas, relevante destacar que não há previsão legal que imponha a confidência e tampouco existe homogeneidade nos regulamentos das Câmaras Arbitrais. Neste sentido, questiona-se a existência de alguma limitação aos entes públicos de utilizarem Câmaras cujo regulamento implica em total confidencialidade a todos os envolvidos.

As evidências materiais mostram que não há impedimento à Administração Pública de se utilizar de Câmaras como a CCBC com regulamentações rígidas, visto que nesta mesma Câmara são processadas demandas em que são partes entes da Administração Pública Direta brasileira (CENTRO-a).

Inclusive, para demonstrar a flexibilidade dos regulamentos, a CCBC emitiu a Resolução Administrativa n. 15/2016 (CENTRO-b) visando determinar as diretrizes específicas de publicidade em procedimentos com a Administração Pública Direta.

O que se vê nesta resolução, porém, não é a flexibilização dos atuantes do procedimento que podem deixar de observar o sigilo processual, mas a estipulação de quais atos e documentos poderão ser públicos. Deve-se, portanto, observar a matéria da confidência, isto é, o que deve ser sigiloso.

3.2 A materialidade da confidencialidade arbitral: o que deve ser sigiloso

Voltando aos excertos de regulamentos, é possível observar dois grupos básicos: CCBC, FIESP e B3, que caracterizam a totalidade do procedimento arbitral como sigiloso; e AMCHAM e ICC, que caracterizam os trabalhos e documentos decorrentes da Câmara como confidenciais.

O sigilo do procedimento arbitral se trata de uma confidencialidade global, podendo se estender desde a própria existência do procedimento, passando por todos os documentos nele existentes ou para ele produzidos, todos os atos realizados em razão do procedimento como periciais, oitivas, audiências e julgamentos, até a sentença arbitral.

Internacionalmente, já existem casos como *AAV v. AAZ*, julgado pela Suprema Corte de Singapura, em que restou reconhecido que a não informação das partes auxilia na manutenção da confidência e proteção do procedimento arbitral (MAYANK, 2017).

Neste sentido, a Resolução Administrativa 15/2016 da CCBC, ao dispor sobre normas específicas em relação a procedimentos com a Administração Pública Direta, flexibiliza a extensão da confidencialidade quanto à matéria:

Artigo 1º – Nos procedimentos arbitrais em que são partes entes da administração pública direta, com o intuito de atender ao princípio da publicidade previsto no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/96, as partes, no Termo de Arbitragem, disporão sobre quais informações e documentos poderão ser divulgados e a forma a ser adotada para torná-los acessíveis a terceiros.

Parágrafo Único – Tal disposição deverá considerar os aspectos administrativos do CAM-CCBC e respeitar o sigilo protegido por lei, segredos comerciais, documentos de terceiros, contratos privados com cláusula de confidencialidade e matérias protegidas por direitos de propriedade intelectual.

Artigo 2º – O Tribunal Arbitral decidirá sobre os pedidos formulados por qualquer das partes a respeito do sigilo de documentos e informações protegidos por lei ou cuja divulgação possa afetar o interesse das partes.

Artigo 3º – O CAM-CCBC poderá informar terceiros sobre a existência de procedimento arbitral, a data do requerimento de arbitragem e o nome

das partes, podendo inclusive disponibilizar esses dados no *site* do CAM-CCBC.

Parágrafo 1º – O CAM-CCBC não fornecerá documentos e demais informações a respeito do procedimento.

Parágrafo 2º – As audiências do procedimento arbitral serão reservadas às partes e procuradores, observado o disposto pelas partes no Termo de Arbitragem.

Artigo 4º – Toda e qualquer informação complementar ou fornecimento de documentos, observados os limites legais e o disposto no Termo de Arbitragem, serão de competência da parte no procedimento arbitral que integra a administração pública direta, consoante a legislação que lhe é aplicável.

A alteração mais substancial realizada ao regulamento para se adaptar à participação da Administração Pública é basicamente uma só: a possibilidade de revelação da Câmara sobre a existência do procedimento e qual parte da Administração pública nele participa.

Os demais artigos da resolução apenas reforçam um direito que as partes já detinham de pactuar quais documentos podem e devem ser disponibilizados em prol da transparência.

Da completude desta análise fica muito claro que, embora não exista uniformidade de entendimento a respeito do caráter, natureza ou extensão da confidencialidade nacional ou internacionalmente, sua aplicação pode ser profundamente extensa e genérica a ponto de, mesmo com a flexibilização de regulamentos das Câmaras mais rígidas, ainda parecer que há uma falta de transparência possivelmente conflitante com a publicidade necessária à Administração Pública.

Para que se possa afirmar se este conflito é intransponível, resta ainda a reflexão sobre uma última abordagem da confidencialidade: a temporal.

3.3 A temporalidade da confidencialidade arbitral: quando deve ser sigiloso

O início do sigilo imposto ao procedimento arbitral só pode existir uma vez que se busque a instauração do procedimento. É impossível, portanto, falar sobre um dever de confidência que anteceda este momento.

Para estudar a questão da confidencialidade em relação à Administração Pública na arbitragem, parece pouco interessante debater o momento de início deste dever, porém extremamente relevante entender em que momento ele termina.

Cortes como as dos Estados Unidos e da Austrália entendem que a aplicabilidade da confidencialidade na arbitragem é uma questão diretamente relacionada à natureza do procedimento, mas que também é incorreto presumir que toda informação apresentada durante a arbitragem permanecerá confidencial (MAYANK, 2017).

No Brasil, como já visto, não há disposição legal acerca da confidencialidade, tampouco do lapso temporal que deveria ser respeitado para manutenção deste sigilo. As resoluções trazidas a título exemplificativo também não abordam nenhum limitador temporal dos sigilos impostos.

Neste sentido, a confidencialidade se reveste de um caráter eterno que deve ser ilimitadamente guardado. Em princípio, o que se extrai da Resolução Administrativa da CCBC é o entendimento de que, na ausência de manifestação das partes em prol da publicidade de um documento ou ato, este deverá ser mantido confidencial em consonância com o Regulamento, que por si não dispõe limite de tempo ao dever de sigilo.

Em se tratando de procedimentos arbitrais com a Administração Pública, a temporalidade da confidencialidade pode ser chave para o equilíbrio entre o sigilo da arbitragem e a transparência necessária da Administração.

Isto porque um procedimento poderia, por exemplo, correr em completo sigilo até a promulgação de sentença arbitral, possibilitando paridade de armas entre a parte privada e a parte pública, ou até evitando interferências e interjeições populares a procedimentos entre dois entes públicos de mesma nacionalidade ou não, sendo totalmente divulgado quando sobreviesse a sentença e eventuais pedidos de esclarecimentos.

Não há, porém, especificações legais quanto ao momento de fim do sigilo, tampouco está presente nos regulamentos a duração da confidencialidade seja ela entre entes privados, seja com o envolvimento da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Introdutoriamente, foi apresentado com brevidade o princípio da publicidade que a Administração Pública brasileira tem o dever de atender, demonstrando-se que este princípio não é um fim em si mesmo, mas somente o meio para responsabilizar a Administração ou *accountability*.

Em seguida, foi demonstrada a relevância nacional e internacional da confidencialidade enquanto característica da arbitragem. Embora não se possa afirmar que este elemento seria próprio da natureza intrínseca do processo arbitral, a comunidade arbitralista vê neste instituto grande relevância, especialmente considerando que a arbitragem, enquanto meio privado, requer a voluntariedade da escolha das partes em eleger este meio como adequado para a solução de seu conflito.

Neste sentido, a importância que os envolvidos imputam à confidencialidade se mostra relevante para compreender o que direciona um conflito para este meio de solução. A ausência desta característica poderia trazer a busca por outro meio mais adequado a contemplar a necessidade de sigilo das partes.

Portanto, ainda que não seja intrínseco à arbitragem, o instituto da confidencialidade é importante àqueles que optam por este meio a ponto de não poder ser completamente abandonado na presença da Administração Pública.

Por isto se fez necessário entender como o sigilo arbitral é aplicado dentro das Câmaras, sua extensão e profundidade, para que se pudesse compreender de fato como seria possível equilibrar a publicidade da Administração e a confidencialidade da arbitragem.

Da análise de alguns regulamentos de Câmaras Arbitrais com sede no Brasil, foram extraídos três principais aspectos do sigilo.

Primeiro o aspecto pessoal, referente a quem deve respeitar a confidencialidade dos procedimentos. Como demonstrado, não há uniformidade entre os regulamentos trazidos da aplicação do sigilo nesta ótica. Alguns regulamentos se mostrando extremamente rígidos e abrangentes, obrigando absolutamente todas as partes que possam ter qualquer contato a qualquer momento, em qualquer nível e qualquer que fosse seu papel a obedecer a regra do sigilo. Outros vinculando somente a própria Câmara e seus diversos funcionários à confidencialidade.

Em seguida, virando o caleidoscópio da confidência para outro ponto de vista, observou-se que além da definição de quem deve respeitar esse dever, também importa o que deve ser mantido confidencial. Na análise deste aspecto material, a conclusão extraída foi que há uma flexibilidade à confidencialidade dentro desta segunda perspectiva, podendo as partes acordarem o que pode ou deve ser divulgado.

Aqui também exsurge o debate sobre a extensão da confidencialidade, que pode ir desde a própria existência do processo arbitral, incluindo a não divulgação do nome das partes, até a totalidade de documentos e atos. Quanto à Administração Pública, uma das soluções encontradas para equilibrar a publicidade e o sigilo foi a divulgação da existência do procedimento e do nome das partes nele envolvidos, junto à mencionada possibilidade de acordo entre as partes sobre outros elementos a serem divulgados.

Por último, a temporalidade do sigilo foi alvo de reflexão, aspecto mais extenso de todos, uma vez que não há limitação expressa ao período de manutenção da confidência. Inexistindo disposição legal em contrário, pela análise dos regulamentos das Câmaras, o que se entende é um dever eterno de sigilo a ser obedecido por todas as partes determinadas.

Considerando todos os aspectos abordados sobre a confidencialidade, junto à compreensão da publicidade da Administração Pública como meio para *accountability*, resta entender como é possível a aplicação ou a flexibilização destes vieses nos procedimentos arbitrais que incluem entes públicos.

O aspecto da personalidade do sigilo se mostra de grande relevância ao conflito com a publicidade, porque a responsabilização Administrativa não se perfaz simplesmente em razão das pessoas que atuam no procedimento em sua representação, mas sim em razão da forma e do conteúdo apresentados.

Neste sentido o segundo aspecto ganha importância. Para fins de *accountability*, o acesso a certos documentos e atos é fundamental. Por exemplo, aos Tribunais de Contas será interessante consultar o valor dado à causa, uma vez que isto interfere diretamente nas custas a serem recolhidas, igualmente os valores pagos para a realização de uma perícia técnica também serão importantes, assim como os valores pagos a assistentes técnicos.

Quanto à matéria a ser divulgada, deve-se partir da regra de sigilo conforme predisposta pelo regulamento da Câmara e aplicar-se a flexibilização visando viabilizar a responsabilização da Administração.

Por último, o derradeiro aspecto da confidencialidade é sua extensão no tempo. A princípio não há estipulação de fatores terminativos do direito ou dever de sigilo, mas este pode ser o elemento mais relevante de flexibilização quando da participação da Administração Pública.

Isto porque o processo arbitral pode ser temporariamente sigiloso, possibilitando a *accountability* dos atos da Administração Pública em momento posterior. Esta limitação poderia ter o condão de utilizar a confidencialidade não somente como proteção de informações dos autos, mas também do próprio andamento da arbitragem, garantindo que enquanto durar certo ato ou a totalidade do processo não haverá interferências externas que atrasem, interrompam ou interfiram na arbitragem.

Um exemplo da utilização temporária da confidência que pode auxiliar no andamento da arbitragem é a realização de audiências de instrução e julgamento sob sigilo. Esta prática permitiria às partes, seus procuradores, representantes e testemunhas o devido foco na exposição dos fatos e argumentos aos árbitros ali presentes, sem a preocupação com espectadores muitas vezes com opiniões populares e sem interesse direto ou poder decisório sobre a causa. Terminada a audiência, findo o sigilo, será possível divulgar gravações de todo o ocorrido, equilibrando confidência e publicidade com finalidade de *accountability*.

Outro exemplo de utilização temporária da confidencialidade que pode favorecer o andamento processual, sem prejudicar a futura publicidade de responsabilização da Administração é no momento da realização de perícias físicas ou *in loco*. O sigilo sobre o local e o momento da realização teria o condão de evitar manifestações populares que podem ser prejudiciais ao andamento do processo e apenas retardariam a produção de uma prova necessária. No entanto, a divulgação posterior possibilitaria responsabilizar a Administração pelos valores dispendidos na realização da perícia ou inclusive a própria requisição deste meio de prova.

Também por uma questão de paridade de armas não existiria sentido obrigar a Administração à imediata publicidade de todos os seus atos e documentos, enquanto outra parte não tem o mesmo dever legal. A terminação futura da confidencialidade proporciona à Administração paridade de defesa dentro da arbitragem, sem afastar sua responsabilização, uma vez que o procedimento esteja terminado.

Portanto, do estudo realizado percebe-se que não existe uma incompatibilidade absoluta entre a arbitragem e a confidencialidade nela existente em regra e o princípio da publicidade inerente à Administração Pública brasileira. O verdadeiramente necessário para a coexistência de ambos institutos é apenas a limitação de alguns aspectos parciais da confidencialidade a ponto de

permitir análise, cobrança e responsabilização da Administração Pública atuante naquela arbitragem.

Já existem algumas soluções das Câmaras Arbitrais sendo aplicadas neste sentido buscando satisfazer a necessidade específica da Administração em tornar certos atos e documentos públicos, mas ainda podem sobrevir mais inovações neste ramo.

A limitação da confidencialidade no tempo, ainda pouco explorada, confere à Arbitragem uma de suas características essenciais àqueles que a buscam como forma de solução e tem o poder de proteger o processo arbitral, sem impedir indefinidamente a publicidade e se tornar um óbice à *accountability* administrativa.

A conclusão de todas as evidências práticas e doutrinárias trazidas neste artigo é a de que dentro da arbitragem, em razão da suma importância conferida pelos atuantes deste meio ao sigilo, a confidencialidade se tornou um elemento basilar necessário. Embora sem aplicação homogênea sobre sua extensão ou aplicabilidade, a moda dentre os regulamentos é do regramento de algum nível ou sistema de sigilo.

Portanto, ainda que a confidencialidade não seja considerada elemento essencial ou característica intrínseca da arbitragem, sua aplicação deve ser observada como regra, excepcionando-se a publicidade, seja ela particular ou em razão da participação da Administração Pública.

Esta excepcionalidade da publicidade não deve ser causa para afastar ou impedir a utilização da arbitragem pela Administração, uma vez que, como largamente demonstrado, existem diversos meios sendo aplicados e que ainda podem ser criados para flexibilizar a confidencialidade de maneira a preservar outras características da Arbitragem, sem prejuízo de posterior viabilização da *accountability* que a publicidade administrativa tem como intuito.

REFERÊNCIAS

AMCHAM Brasil. **Arbitragem e mediação**. Regulamento de Arbitragem Novo. Disponível em: <https://www.amcham.com.br/o-que-fazemos/arbitragem-e-mediacao> Acesso em: 20 maio 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL BOLSA Balcão. Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM). **Regulamento**. Disponível em: http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao/ Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Lei n. 9.307, 24 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. 24 de setembro de 1996. Congresso Nacional: Brasília, DF.

BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Diário Oficial da União**: 26 de maio de 2015. Congresso Nacional: Brasília, DF.

CÂMARA de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP FIESP. **Regulamento de Arbitragem**. Disponível em: <https://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: 20 maio 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CENTRO de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. **Arbitragens com a Administração Pública Direta**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/arbitragem-com-adm/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CENTRO-a de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. **Regulamento de Arbitragem | 2012**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/regulamento-2012/>. Acesso em: 20 maio 2020.

CENTRO-b de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá. **Resolução Administrativa 15/2016**. Princípio da publicidade em arbitragens que envolvem a Administração Pública Direta. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/ra-15-2016-publicidade-em-procedimentos-com-a-adm-publica-direta/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. **Teoria geral da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

INTERNATIONAL Chamber of Commerce. **Arbitration rules**. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 20 maio 2020.

MAYANK, Samuel. Confidentiality in International Commercial Arbitration: Bedrock or Window-Dressing? **Kluwer Arbitration Blog**. University of Law, Hyderabad. 21 fev. 2017. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/21/confidentiality-international-commercial-arbitration-bedrock-window-dressing/?doing_wp_cron=1592947851.6216819286346435546875. Acesso em: 01 maio 2020.

MEZA-SALAS, Marlon. Confidentiality in International Commercial Arbitration: truth or fiction? **Kluwer Arbitration Blog**. 23 set. 2018. Disponível em: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/09/23/confidentiality-in-international-commercial-arbitration-truth-or-fiction/?doing_wp_cron=1592930148.5841341018676757812500 Acesso em: 01 maio 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

QUEEN Mary University of London. School of International Arbitration. 2018 **International Arbitration Survey: the evolution of international arbitration**. Disponível em: <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

ROCHA, Caio Vieira; SALOMÃO, Luis (coord.) **Arbitragem e mediação – a reforma da legislação brasileira**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

SARDA, Fábio W. Arbitragem – uma solução para nosso judiciário. **Blog Migalhas de Peso**. 26 mar. 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/56876/arbitragem-uma-solucao-para-nosso-judiciario>. Acesso em: 30 abr. 2020.

**O PARADIGMA RESTAURATIVO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE FOMENTO
À REINTEGRAÇÃO DO EGRESSO: UM NOVO OLHAR PARA O SISTEMA
PRISIONAL LUSO-BRASILEIRO**

**THE RESTAURATIVE PARADIGM AS A PUBLIC POLICY TO PROMOTE EGRESS
REINTEGRATION: A NEW LOOK AT THE LUSO-BRAZILIAN PRISON SYSTEM**

**IL PARADIGMA RISTORANTE COME POLITICA PUBBLICA PER
PROMUOVERE LA REINTEGRAZIONE EGRESS: UN NUOVO LOOK AL
SISTEMA A PRIGIONI LUSO-BRASILIANO**

Carlos Alberto Miranda Santos¹

RESUMO: Este artigo tem por escopo analisar um novo paradigma capaz de humanizar as respostas estatais para condutas criminosas dentro do sistema prisional nos contextos português e brasileiro, a fim de aportar a construção de um estado do arte nesse domínio, sobretudo, sob a ótica das ferramentas ofertadas pela justiça restaurativa e sua possibilidade de aplicação como alternativa ao encarceramento massivo. A hipótese será testada com base na observação empírica do cenário atual no Brasil e em Portugal, no modelo adotado pelo sistema carcerário desses países com seus respectivos sistemas penais como ferramenta de controle social. Justifica-se uma análise teórica do paradigma restaurativo como uma alternativa apta a substituir o cárcere e ou contribuir com as finalidades da execução da pena tradicionalmente imposta. Toma-se por base o sistema carcerário português, os movimentos que lançaram críticas ao sistema penal e as propostas alternativas à pena ao longo da história, até o surgimento da justiça restaurativa; conclui-se que, originalmente, a justiça restaurativa surge como um novo modelo de resposta ao crime capaz de diminuir o encarceramento massivo, mas que também pode contribuir com as finalidades da execução da pena, quando aplicada aos casos pós-sentenciais; ainda que não implique em total supressão do modelo retributivo atual, que poderá ser utilizado de maneira residual nos casos de maior gravidade.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Sistema penal. Casas de Correção.

¹Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-doutorado pelo Programa de Pós-Doutoramento Interinstitucional e Internacional do Instituto Jurídico da Universidade Portucalense-UPT/Porto/Portugal. Professor e Jurista. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2190006371307041>.

ABSTRACT: This article aims to analyze a new paradigm capable of humanizing the state responses to behaviors chosen as criminals inside between the prison system in the Portuguese and Brazilian contexts, in order to contribute to the construction of a state of the art in this domain, above all, from the perspective of the tools offered by restorative justice and their possibility of application as an alternative to mass incarceration. The hypothesis will be tested based on empirical observation of the current scenario in Brazil and Portugal, in the model adopted by the prison system of these countries with their respective penal systems as a tool of social control. A theoretical analysis of the restorative paradigm is warranted as an alternative to replace prison and or contribute to the purposes of the traditionally imposed punishment. It is based on the Portuguese prison system, the movements that have criticized the penal system and the alternative proposals to punishment throughout history until the emergence of restorative justice; It is concluded that, originally, restorative justice emerges as a new model of crime response capable of reducing mass incarceration, but may also contribute to the purposes of the execution of the sentence, when applied to post-sentencing cases; although it does not imply in total suppression of the current retributive model, which may be used in a residual manner in cases of greater severity.

Keywords: Restorative Justice. Penal system. Correction Houses.

RIASSUNTO: Questo articolo mira ad analizzare un nuovo paradigma in grado di umanizzare le risposte dello stato alla condotta criminale all'interno del sistema carcerario nei contesti portoghese e brasiliano, al fine di contribuire alla costruzione di uno stato dell'arte in questo campo, soprattutto dal punto di vista degli strumenti offerti per la giustizia riparativa e la sua possibilità di applicazione come alternativa all'incarcerazione di massa. L'ipotesi sarà verificata sulla base dell'osservazione empirica dell'attuale scenario in Brasile e Portogallo, nel modello adottato dal sistema carcerario di questi paesi con i rispettivi sistemi penali come strumento di controllo sociale. Un'analisi teorica del paradigma riparativo è giustificata come alternativa in grado di sostituire la prigione e di contribuire agli scopi dell'esecuzione della pena tradizionalmente imposta. Si basa sul sistema carcerario portoghese, i movimenti che hanno criticato il sistema penale e le proposte alternative alla punizione nel corso della storia, fino all'emergere della giustizia riparatoria; si conclude che, in origine, la giustizia riparativa emerge come un nuovo modello di risposta al crimine in grado di ridurre la detenzione in massa, ma che può anche contribuire agli scopi dell'esecuzione della pena, quando applicata ai casi post-condanna; sebbene non implichi la soppressione totale dell'attuale modello retributivo, che può essere utilizzato in modo residuo in casi di maggiore gravità.

Parole chiave: giustizia riparativa. Sistema penale. Case di correzione.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. O PARADOXO DA JUSTIÇA PENAL E SEU EMBRIÃO CARCERÁRIO. 2. O ABOLICIONISMO E A VITIMOLOGIA COMO MOVIMENTOS DE RESISTÊNCIA E INOVAÇÃO. 3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA POLISSÊMICA DE FOMENTO À RESSIGNIFICAÇÃO E REINTEGRAÇÃO. 4. O AMBIENTE DISTÓPICO DAS PRISÕES NO BRASIL E EM PORTUGAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Nota-se um crescente discurso a favor da prisão e do endurecimento das penas como resposta ao delito. Fruto do pensamento racional moderno e da falência anunciada do sistema carcerário brasileiro que tem sido palco para violências extremas, mas, sobretudo, frente ao cenário político atual no Brasil e em alguns outros países que insistem na escolha, equivocada, por uma política criminal sectária que inflige dor a quem causou dor, apostando no “isolamento” e no encarceramento massivo como modelo de resposta ao crime.

Constata-se que o paradigma de punir se encontra em implosão por não cumprir suas promessas de diminuição da violência e ressocialização de criminosos, o que aponta para uma aporia característica dessa política criminal.

Diante da ineficácia do sistema penal, a justiça restaurativa, com seus procedimentos humanizados, propõe-se a substituir a pena aflitiva tradicionalmente imposta e por meio de ações pós-sentenciais contribuir com as finalidades da execução da pena.

A partir do modelo de execução prisional vigente, e tomando-se por base as críticas ao sistema penal e carcerário, bem como as propostas alternativas à pena, até o surgimento do paradigma restaurativo, questiona-se nesta pesquisa: em que medida a justiça restaurativa pode ser aplicada ao sistema prisional, por meio da adoção de uma resposta ao crime diferente da tradicional de caráter punitivo-retributivo?

Como resposta hipotética, tem-se que diante da crise de legitimidade sofrida pelo paradigma de punir e, sobretudo, da inoperância do sistema carcerário, a justiça restaurativa eclode como novo modelo de resposta ao crime, porém não implicando na supressão total do modelo atual que poderá ser utilizado de maneira residual nos casos de maior gravidade, reservando ao direito penal seu caráter de última *ratio*.

No modelo português já existe a possibilidade de o preso participar de programas restaurativos pós-sentenciais. Contudo, essas práticas restaurativas contribuem para o alcance das finalidades adstritas à execução da pena, e por extensão também contribuem para as finalidades específicas restaurativas, sejam elas associadas à pacificação dos envolvidos no conflito, à responsabilização do ofensor e à reparação dos danos causados ao ofendido.

Este artigo por objetivo inquirir acerca da eficácia da justiça restaurativa para diminuição da intervenção penal estatal e a da política de encarceramento em massa, contrapondo-se à aporia do paradigma punitivo que se sustenta no discurso da legitimidade conferida pelo sistema criminal, em que as promessas de “ressocialização” e prevenção não foram cumpridas. Contudo, o aumento do encarceramento e da reincidência é constante. Para tanto, com base em debates no campo nacional e internacional, o método hipotético-dedutivo servirá para desenvolver os estudos dos referenciais bibliográficos básicos e complementares. Utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica, documental e explicativa, visando identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos tentando estabelecer as articulações lógicas proposta pelo estado da arte triado.

Este artigo está dividido em quatro capítulos, além da introdução, nos quais se aborda a relação entre a justiça penal e as Casas de Correção como embrião das atuais prisões, destacando as promessas não cumpridas pelo sistema penal; na sequência, faz-se um relato dos movimentos do abolicionismo e da vitimologia como *locus* de resistência e inovação; ao que se segue a abordagem da justiça restaurativa como um polissêmico e eficaz modelo de resposta ao delito; e por fim, discute-se o ambiente das prisões como local distópico tanto no Brasil quanto em Portugal.

1 O PARADOXO DA JUSTIÇA PENAL E SEU EMBRIÃO CARCERÁRIO

A evolução da vida em sociedade trouxe em seu bojo a apropriação do direito de punir - *jus puniendi* - pelo Estado. Surge, então, a ideia de um terceiro imparcial ao conflito e com poderes outorgados pelo próprio Estado para solucionar as divergências que nascem naturalmente da convivência social. Na contemporaneidade, esse poder estatal tem encontrado dificuldades para dar respostas céleres e satisfatórias a todos os conflitos que chegam até seu conhecimento, seja por ter tutelado bens que por suas características intrínsecas não careciam da intervenção estatal, seja por ingerências do poder político ou por emergências do clamor público e midiático (ALCÁCER, 2001, pp. 293-335).

O sistema legal, lastreado na crença da racionalidade penal moderna², torna-se a mais antiga das estratégias dissuasivas para a prevenção de conflitos, e apenas um dos métodos disponíveis na sociedade moderna para a gestão e resolução de conflitos; legitimando e dando suporte teórico-ideológico para a punição como única forma de intervenção adotada pelo direito penal (ENTELMEN, 2002). A adoção do castigo, como resposta aos crimes, orientado por processo público e aplicado de forma racional e humana, guarda relação visceral com a sociedade que se forma meio às revoluções e posteriormente governada pelas leis positivadas, planejadas e ordenadas, a sociedade disciplinar da lei e da ordem que vai ser erguida durante os séculos XVIII e XIX (FERNANDES, 2015).

Ao adotar o paradigma da punição apostando na pena privativa de liberdade como única resposta a ser aplicada nas situações de crime, assume-se o risco de acabar gerando outra violência, tornando o Estado no principal violador dos direitos e garantias constitucionais, gerando insatisfação social e criando questionamentos e inquietações a cerca da legitimidade e eficácia do sistema penal vigente (SICA, 2002).

O crime se apresenta como uma ofensa ao Estado soberano e o ofensor deve ser exemplarmente punido. As normas jurídicas, por sua vez, não são aplicadas de maneira isolada, mas, sim, na maioria das vezes, de forma generalizante, causando dificuldades e discrepâncias entre a regulação projetada para uma determinada realidade e a variabilidade com que essa realidade se concretiza, ou seja, a fluidez dos fatos da vida previstos em leis (LARENZ, 1991, p. 380).

O que se percebe, dentro dos muros do cárcere, são experiências de múltipla punição, que têm reflexo na privação da liberdade, judicialmente decretada, somada aos maus tratos que o sistema prisional patrocina, talvez, para satisfazer sentimentos sociais de vingança desenvolvendo, de forma reflexiva, esses mesmos sentimentos junto aos “condenados-vítimas”, das suas famílias e amigos. Sentimentos estes que podem ser traumatizantes e causadores de novos crimes e violências por meio da reincidência, diante da estigmatização e da ausência de oportunidades de reinserção social. E é aqui que a justiça restaurativa surge com seu potencial reintegrativo e restaurativo (DORES, 2017a, p. 221).

² A racionalidade penal moderna é o sistema de pensamento desenvolvido na Europa entre os séculos XVIII e XIX, caracteriza-se por uma maneira de pensar e construir o direito penal, que adquire uma forma de sistema de pensamento que tem como uma de suas principais características a naturalização da estrutura normativa. Neste contexto, legitima o mito da pena aflictiva como a melhor forma de assegurar a observância disciplinada das normas de comportamento, o que confere ao saber criminal o *status* de uma ciência voltada para o punitivismo.

O Estado entende a pena como resposta reativa ao delito, uma concepção de retribuição ou castigo punitivo, que tem como característica diferencial sua desvinculação ou (des) ligamento de qualquer fim social específico, e que remonta às origens de vindita da pena e ao princípio do Talião “olho por olho; dente por dente”. Já no plano jurídico filosófico liga-se, sobretudo, aos cânones do idealismo alemão. O aparato penal retribucionista é caracterizado pela capacidade de potencializar toda situação que envolve o delito. A resposta que o Estado oferece à sociedade carece de legitimidade ética porque sua medida é o mal que impinge àqueles que praticam o mal (CÂMARA, 2009, p. 29).

A justiça penal foi, paulatinamente, abolindo outras formas de resposta ao crime, a exemplo da pena física do suplício, no sistema absolutista de punição, uma vez que, nas monarquias absolutistas, a punição apresentava-se muito mais como o símbolo do poder da majestade, para garantir a presença do rei, do que um efetivo instrumento de controle e coerção social. Também era composto por algumas outras espécies de punições como os trabalhos forçados, as penas de deportação e as de multa. Às vezes, as penas de banimento e de multa vinham acompanhadas, quase sempre, de uma dose de sofrimento e demais alternativas ao encarceramento (SICA, 2007).

Nasce, então, *As Casas de Correção* como o embrião de nossa atual concepção de prisão e eram estabelecimentos dedicados à caridade, à correção e à disciplina de um modo geral. Apesar de não gozarem de primazia, enquanto modelo de punição, foram ganhando notoriedade tempos depois. Por um lado, as prisões deveriam ser reestruturadas de acordo com os princípios modernos da Escola Positiva. Por outro, “havia a experiência do funcionamento da Casa de Correção desde 1850, que demonstrava um acúmulo de problemas naquela que foi criada para ser a prisão modelo do Império brasileiro” (MAIA et al., 2009, p. 285).

A Casa de Correção surgiu como proposta de pessoas com importantes posições sociais como médicos, políticos e juristas. Essa instituição prisional foi constituída durante o século XIX de forma bastante paradoxal, pois o seu propósito era realizar um avanço em relação às práticas que dominavam aquele período histórico, e servir de modelo para a regeneração dos criminosos por meio do trabalho, educação e religião. Porém, foi palco de estratificações sociais e terminou por servir as demandas político-econômicas da época (MAIA et al., 2009).

O processo de criação das novas prisões, Casas de correção, tinha o condão de alargar a separação entre o mundo livre e a internação. Isso resultaria no bem estar de todos, por meio do isolamento moral e sanitário dos detentos (DE MORAES, 2005, p. 178).

Segundo De Moraes (2005) a Casa de Correção deveria ser construída em local elevado e distante do centro e dotada de uma pedreira onde os presos poderiam trabalhar para “ocupar suas mentes” por meio da penitência e, assim, por meio da correção, criar os valores que haviam sido esquecidos ou transgredidos. Deduzir-se-ia disto que, ressalvados alguns casos extremos, em que se tem por indubitável que o afastamento de alguém do convívio social é imprescindível e estritamente necessário, a aplicação de penas restritivas da liberdade a autores de práticas delituosas, revela-se como uma medida penal inteiramente desaconselhável? A literatura especializada aqui manejada para responder positivamente à questão: de fato, se não aplicada dentro de uma dimensão absolutamente excepcional, ela pode trazer mais prejuízos do que benefícios à vida social (ROCHA, 2017, p. 723).

Quando o modelo retributivo passou a dominar o sistema penal com as promessas de reeducação, ressocialização e prevenção percebeu-se que, na prática, tais resultados não estavam sendo alcançados, e que o encarceramento e o endurecimento das leis penais não tinham influências na diminuição da criminalidade. Por outro lado, percebeu-se que o encarceramento, além de romper com os laços comunitários, tendia a aumentar os casos de reincidência, uma vez que o egresso do sistema carcerário não encontrava oportunidades diante da vigilância, controle e estigmatização pós-cárcere e pela criação de novas vítimas indiretas, como é o caso dos membros da família do infrator, que passavam a ter dificuldades financeiras, já que:

As prisões geram, igualmente, fortes indiferenças e emoções. Incluindo poder de atracção. O sistema criminal-penal, porque produz estigmas, é capaz de bloquear estruturalmente certo tipo de relações sociais e, ao mesmo tempo, criar saberes especializados (DORES, 2017a, p. 205).

A transformação das abordagens cognitivas e restaurativas às prisões irá acontecer, inevitavelmente, com as transformações das relações das diferentes disciplinas de ciências sociais e sociais aplicadas, das prisões nelas mesmas, e da sociedade, em geral, pois o processo penal estigmatiza por toda vida aqueles considerados culpados, e, para responder às constantes críticas que recebe, o sistema se utiliza de meios autorreferenciais, atribuindo o seu fracasso às técnicas e reformas do modelo. Assim, segundo Dores (2017), “A verificação empírica da inviabilidade prática do arranjo penitenciário, em termos do cumprimento das finalidades de prevenção do crime e de ressocialização, não chega para invalidar a teoria que o inspira”.

O não cumprimento de suas promessas de prevenção e diminuições da violência fez surgir diversos movimentos que questionaram a legitimidade e efetividade do modelo calcado no paradigma punitivo, que apontaram novas soluções para sua reforma e até mesmo extinção. A

denúncia do fracasso do modelo de estado penal deve ser alargada à denúncia das intervenções do estado e das teorias sociais, cada vez mais intrusivas nas sociedades, a exemplo da justiça restaurativa (DORES, 2017a, p. 208).

2 O ABOLICIONISMO E A VITIMOLOGIA COMO MOVIMENTOS DE RESISTÊNCIA E INOVAÇÃO

A constatação da impotência que a justiça penal tem em cumprir suas promessas reintegradoras gerou movimentos de resistência que, para além do empoderamento da sociedade, buscou reverter à própria noção de poder no âmbito da teoria direitos humanos em confronto ao paradigma punitivo-retributivo (OLIVEIRA; MENEZES, 2018, p. 3).

Notadamente, o abolicionismo e a vitimologia influenciaram a criação do inovador paradigma restaurativo, sobretudo nas décadas de 60 e 70 nos Estados Unidos sob a falência da crença na ideia de “ressocialização” por meio do encarceramento. A crise do sistema de justiça criminal coincide à época do próprio surgimento da prisão como pena por excelência, e as tentativas que buscaram reformá-la. Já no início dos anos 70, observa-se uma gradual modificação nas políticas penais, com um progressivo deslocamento do modelo punitivo-retributivo, em direção de um modelo orientado à reparação (PALLAMOLLA, 2009).

O quadro abaixo sintetiza as principais diferenças básicas entre paradigma punitivo e o novo paradigma restaurativo, e que são alvos da crítica abolicionista.

Quadro 1: Principais diferenças entre os paradigmas punitivo e restaurativo

ABORDAGEM PUNITIVA	ABORDAGEM RESTAURATIVA
Tem na culpa o centro das atenções.	Tem a resolução do conflito como central.
Foco no fato delituoso pretérito, já ocorrido.	Foco nas consequências futuras que o fato delituoso causa.
As necessidades das partes são vistas como secundárias.	As necessidades das partes envolvidas e da comunidade são primárias.
Enfatiza diferenças entre ofensor e vítima.	Procura pelo comum entre o ofensor, a vítima e a comunidade.
Imposição de dor considerada normativa.	Restauração e reparação consideradas normativas.
Foco voltado ao ofensor e no crime, a vítima ignorada.	As necessidades da vítima são centrais, contudo não se despreza o autor e a comunidade.
O Estado soberano como único responsável pela resposta à conduta delituosa.	Reconhecidos os papéis da vítima, do ofensor e da comunidade na resposta ao crime.

Fonte: Revista Brasileira de Políticas Públicas, 2018.

Ao observar as principais características do modelo punitivo e retributivo em contraposição ao modelo da justiça restaurativa percebe-se que o foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, e não no dano causado à vítima, suas necessidades e direitos. Analisa-se o ato (delito) como uma transgressão às leis da sociedade. O infrator cometeu um ato proibido, por ser danoso ou imoral, pela lei penal. Dessa forma, não é conferida importância às relações interpessoais que perpassam o delito, bem como é ignorado o aspecto conflituoso do crime; os danos são definidos em abstrato e não em concreto.

O Estado passa a ser a vítima da ação e pode iniciá-la contra o infrator, bem como tem o poder exclusivo de prosseguir ou não com a ação e pode, muitas vezes, dar seguimento à ação mesmo quando a vítima não deseje isso. Assim, Estado e infrator são as partes do processo, enquanto a verdadeira vítima é afastada e não entra em contato com o ofensor.

Terminada a ação e atribuído culpa ao infrator, este é punido. A ele é imposta alguma perda ou sofrimento. Esse processo estigmatiza aqueles considerados culpados, o que acarreta perda considerável de sua reputação moral, fato que lhe acompanhará, provavelmente, por toda vida, mesmo depois de ter “pago sua dívida com a sociedade”. Em razão dos danos causados por essa resposta penal, são concedidas garantias processuais ao acusado para que se reduzam os riscos de injustiças. Os acusados têm o direito de mentir em sua própria defesa (ZEHR, 2008).

Um dos aspectos que torna mais complexa a reflexão sobre as origens da justiça restaurativa acontece quando se analisa o modo como nela convergem correntes criminológicas e orientações político-criminais que são, inicialmente, contraditórias. Têm-se, a título de exemplo, as dificuldades inerentes à conciliação do abolicionismo penal com o movimento em favor das vítimas ou, no plano político-criminal, a contradição entre uma reação ao crime que aposta na diversão processual através de mecanismos de consenso e, por outro lado, o endurecimento no sancionamento penal, preconizado por alguns, para enfrentar uma criminalidade que se diz progressivamente mais grave. Daí pode-se inferir que o abolicionismo penal e o movimento em favor das vítimas, apesar de servirem como inspiração para a formalização dos princípios da justiça restaurativa, não endossaram seus princípios nem participaram diretamente de seu advento (SANTOS, 2014, p. 40).

Na década de 80, houve o crescimento dos movimentos abolicionista e vitimológico, que também denunciavam as nefastas consequências do modelo de justiça criminal; enquanto o abolicionismo tem foco na rejeição do sistema de justiça penal tradicional como forma de resolução do conflito, por ser deletério para o ofensor e para a comunidade, a vitimologia preocupa-se com o imperativo da reparação dos danos causados à vítima do crime, e chama a atenção para o seu afastamento da resolução dos conflitos e a consequente despreocupação do sistema penal clássico com suas necessidades e direitos. Nesse cenário (re) surge a ideia de práticas restaurativas aliadas a um modelo de justiça restaurativa. Muitos autores apontam a vitimologia e o abolicionismo penal como principais críticos do sistema de justiça criminal (PALLAMOLLA, 2009). Porém, a importância desses movimentos são relativizadas quando se percebe que, em tais movimentos, existe uma tendência em potencializar os valores retributivos os quais se pretende neutralizar. Mas se entende que a fase em que a vitimologia ficou mais centrada nas consequências resultantes do delito para a vítima foi o fator de maior inspiração, principalmente considerando-se que a

reparação e o empoderamento dela são os objetos definitórios da justiça restaurativa (SICA, 2007).

Ressalte-se, porém, que a vitimologia cuida do estudo das vítimas de crimes, e não cabe a esta estudar problemas relacionados a todas as formas possíveis de vitimização social. Tem por medida e limite o problema do crime, não os problemas relacionados a todas as categorias possíveis de vítimas. Exacerbada ampliação no campo de pesquisa da vitimologia, significaria uma perda de densidade científica (SICA, 2007).

Ao revelarem a face ilegítima do direito, as teorias abolicionistas foram as que criticaram a punição com mais ênfase, propondo reflexões que foram além da simples legitimidade do direito criminal e suas penas, questionando a própria necessidade de existência do paradigma de punir. As ideias abolicionistas pretendem superar não somente a pena de prisão, mas as tradicionais formas punitivas. Suas críticas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos; primeiramente porque os delitos não teriam uma realidade ontológica, sendo apenas expressão de conflitos sociais, e, em segundo lugar, porque o direito penal não auxilia na resolução de tais problemas, pois não evita delitos e não ajuda ao autor do delito, nem à vítima (PALLAMOLLA, 2009).

Algumas críticas foram dirigidas ao abolicionismo, principalmente por deixar de participar da tentativa de reformar o Direito Penal, pugnando somente por sua extinção, afastando-se de outros setores que também criticam o sistema penal, mas que acreditam na impossibilidade e sua extinção. Dores (2015) aduz que o abolicionismo carece de uma ideologia capaz de reconhecer a natureza das sociedades atuais que as permite institucionalizar a perversidade em instituições penitenciárias. Assim sendo, para o autor, o abolicionismo “não passa de um ponto de encontro de práticas e pensamentos desorganizados e desconexos entre si”. Ao discorrer sobre o abolicionismo no sistema prisional António Dores ressalta que:

Quanto às penitenciárias, há quem aspire a reformá-las, nomeadamente juntando-lhe penas alternativas, capazes de oferecer aos juízes novas opções penais. Ou transformando os processos administrativos de tratamento penitenciário em processos judicializados, através de tribunais especializados. Ou promovendo formas de auditoria e inspeção elaboradas e internacionais. Ou desenvolvendo boas práticas de reintegração social para ex-reclusos. Nada disto fez recuar o aumento do número de prisioneiros no mundo, e em particular no mundo ocidental. Não é a instituição que tem de ser transformada. São as condições sociais que a tornam desejável e permitem a sua existência que há que compreender para mudar (DORES, 2015, p. 220).

Ainda, segundo Dores (2015), torna-se caro ao abolicionismo compreender como a natureza humana é capaz de bloquear solidariedade entre humanos, em determinadas situações. Pois, somente assim poder-se-á transformar a atual natureza humana em outra melhor e ou impedir que se reúnam circunstâncias nas quais a desumanidade parece ser inevitável. Para ele estudar as prisões causa a mesma perplexidade manifestada ao se estudar os relatos dos sobreviventes dos campos de concentração do nazismo.

O abolicionismo das prisões deverá aprender a assumir e compreender a sua derrota, e a sua atual inércia. Se for certo que o primeiro objetivo do abolicionismo não pode ser acabar com a instituição prisional, o erro do abolicionismo dos anos 70 não foi ter ambicionado realizar tal desiderato. O erro foi acreditar na possibilidade da sociedade não se transformar e construir novas formas de punição sociais e institucionais (DORES, 2015, p. 233). Assim sendo, o novo paradigma representado pela justiça restaurativa se apresenta como uma possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por mecanismos de reparação e resignificação do delito.

O problema do esquecimento da vítima do delito é um dos mais preocupantes pontos que levantam crítica sobre a legitimidade do direito criminal, ao avocar para si o poder de punir deixando a vítima e ou a comunidade fora da resolução do conflito, não considerando o dano causado à vítima, suas necessidades e direitos. Agindo assim, O Estado soberano não valoriza as relações interpessoais que vão além do delito, nem considera o aspecto conflituoso do crime, já que os danos são definidos em abstrato e não em concreto. Ao se apropriar de forma exclusiva da resolução do delito, o Estado afasta a vítima e a comunidade, passando a ser vítima da ação podendo iniciá-la contra o infrator. Note-se que Guilherme Câmara (2009), ao sublinhar sobre a alteração do protagonista do *jus puniendi*, discorre sobre a dimensão dos interesses do Estado nessa mudança. Assim, a intervenção penal terá como interesse maior a intimidação, geral ou especial, não a satisfação das vítimas concretas. Direito Penal público dotado de sanções também públicas.

Ainda, segundo Câmara (2009), o interesse pela vítima sobreveio em épocas mais recentes, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, influenciado pela macrovitimização, resultante do holocausto judeu, e pelo aumento da criminalidade urbana. Há observações da comunidade científica, compromissadas com a figura da vítima, que, às vezes, chega até mesmo a incidir em unilateral vitimocentrismo.

Em Portugal, no intuito de assegurar uma maior proteção às vítimas dos delitos, a legislação extravagante surgiu como regimes jurídicos exteriores ao Código Penal e ao Código de Processo Penal.

Apesar de não caracterizar inovação ao sistema jurídico português, o regime jurídico da Indenização às Vítimas de Crimes Violentos e de Violência Doméstica e o regime jurídico da Proteção de Testemunhas podem ser considerados como mais importantes nessa opção de dar maior atenção às vítimas de crimes (SANTOS, 2014). Ressalta-se que, por outro lado, uma orientação para o delinquente, fundada no conceito de reabilitação, dominou a política criminal durante os anos sessenta e setenta.

Apenas nos anos noventa, a vítima alcança alguma densidade no contexto político criminal. Nessa linha, vale salientar que um olhar mais vigoroso para a vítima não pressupõe um automático retorno a estágios primitivos de justiça penal, tal como a prevalência da vingança privada, nem em uma reprivatização do Direito Penal. Traduz-se, aliás, em benefícios para os protagonistas do conflito, mormente no sentido conciliatório, some-se a isso que a neutralização da vítima do conflito pelo processo criminal ocasiona outro sofrimento, ou vitimização secundária, que ocorre já na delegacia ou outros locais de atendimento, quando a vítima procura as autoridades policiais ou agentes de saúde para noticiar o fato típico, e se não são bem orientados, esses profissionais darão mais importância às informações acerca do ofensor e do fato, de que as próprias necessidades da vítima (CÂMARA, 2009).

O paradigma punitivo sofreu evoluções no decorrer da história passando das penas severas e sem correlação com o delito cometido; penas racionais focadas na reabilitação e na proporcionalidade entre o delito e a pena; e as penas alternativas ao encarceramento. Essas penas ditas como alternativas, em vez de substituir a pena de cárcere por outra alternativa acabaram por aumentar o espectro de atuação do controle formal, adicionando uma nova pena alternativa à antiga pena privativa de liberdade, sendo bastante criticada por não introduzir mudança significativa na racionalidade do sistema penal, uma vez que, como pontuou Howard Zehr (2008), ambas penas (privativas de liberdade e alternativas) comungavam da mesma compreensão acerca do crime e da justiça, pois se apoiavam nos pressupostos de que a culpa deveria ser atribuída e a justiça estaria sempre comprometida em impor a aflição como resposta ao delito.

Em verdade, as penas e medidas alternativas foram um verdadeiro fracasso, visto que as taxas gerais de encarceramento subiram de maneira vertiginosa, o que contrastava com o discurso das alternativas, isso porque não se preocupou em construir um discurso próprio e toda sua elaboração restringiu-se na crítica à prisão e na constatação das mazelas do cárcere. Por outro lado, as alternativas eram pensadas, exclusivamente, dentro do paradigma punitivo retributivo (SICA, 2007, p. 8).

No campo dos estudos prisionais parece haver um acordo quanto as perversidades do regime penitenciário. E também há acordo sobre a sua insubstituível utilidade/necessidade. Os casos de

abuso de poder e de violação dos direitos dos presos se apresentam como o preço necessário a pagar para que se garanta a execução das punições. “Os sofrimentos e as perversões da sociedade, no seu todo, que acabam reflectidos nas práticas penitenciárias, são raramente inquiridos” (DORES, 2015, 219). Daí a Justiça Restaurativa nos parece imprescindível à pacificação das partes envolvidas no conflito e na reintegração social do apenado. E, ainda assim, contribuir com as finalidades inerentes à função da execução da pena.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA POLISSÊMICA DE FOMENTO À RESSIGNIFICAÇÃO E REINTEGRAÇÃO

A simples redução dos criminosos à condição de encarcerados e a reificação da ação do sistema criminal como uma mera reação à violência verticalizada de baixo para cima, são processos característicos das teorias sociais dominantes, que se traduzem como mecanismos para encobrir os fundamentos discriminatórios dos poderes do estado (DORES, 2018, pp. 135-152). E como tais carecem de ferramentas que privilegiem as partes envolvidas no crime, seja por meio da resignificação do delito pela vítima e ou pela responsabilização e reintegração do agente ofensor.

A partir de uma denominação sob a qual se pode agrupar uma pluralidade de teorias e de programas com contornos diversos, nos anos 70 do século passado, surgiram referências à justiça restaurativa como modelo de resposta ao crime que seria diferente da justiça penal. Enquanto novo paradigma de resolução dos conflitos penais, a justiça restaurativa desenvolveu-se com base nos movimentos de diversão das sanções penais, sobretudo da criminologia crítica e do abolicionismo penal com a vitimologia, com o pensamento feminista na criminologia e com a criminologia da pacificação (SANTOS, 2014).

Como modelo inovador de reação ao crime e suas consequências para os atores nele envolvidos, o processo restaurativo visa afastar a possibilidade de condenação à pena de prisão, afirmar as vantagens para reintegração do agente ofensor e invocar a satisfação das necessidades das vítimas, e ainda apresentar solução mais pacificadora para a comunidade. Talvez, duas décadas de experiência e debates da justiça restaurativa não tenham sido suficientes para definir o conceito e os objetivos desse modelo direcionado à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização. Entretanto, é cediço que somente um procedimento que privilegie um encontro onde todos serão considerados iguais poderá contribuir para que um conheça do outro e das circunstâncias que levaram cada um a participar do evento criminoso como fato da vida e assim permitir uma resposta ao delito diferente da punição (SANTOS, 2014).

A justiça restaurativa se apresenta como um sistema de práticas utilizadas com o escopo de prevenir conflitos ou atenuar as consequências decorrentes dos conflitos interpessoais por meio da devolução do poder de solução do conflito à vítima, ao ofensor e à comunidade para que decidam, dialoguem e planejem a melhor forma de reparar os danos advindos do desencontro conflituoso. Assim sendo, buscar por um conceito unívoco e simples conduziria a uma visão reducionista sobre uma proposta cuja riqueza reside na diversidade e na flexibilidade, permitindo a sua melhor adaptação frente aos diferentes cenários sociais já que, diferentemente do paradigma punitivo focado no crime em si e na pessoa do autor, o foco da justiça restaurativa habita as consequências do crime e as relações sociais afetadas. Esse novo paradigma de justiça penal baseado na mediação penal pode colaborar com a concretização do Estado Democrático de Direito previsto na norma parâmetro de 1988, mas que, até o momento, parece latente diante dos vários fatores característicos do pensamento racionalista moderno, em que as prisões têm uma função e público-alvo pré-selecionados (PALLAMOLLA, 2009).

É evidente a disposição da justiça restaurativa como um paradigma criativo e inovador capaz de substituir e ou a complementar a pena afluiva, como forma de resposta aos comportamentos desviantes definidos como delituosos, vez que o crime deve ser compreendido como um fato social normal que foi rotulado como tal; fruto de uma escolha política localizada no tempo e muitas vezes passível de releitura. Para tanto, semelhante ao que já ocorre em Portugal, a mediação surge como reação penal legítima e adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, com capacidade de servir à construção de um novo paradigma de justiça baseado em princípios restaurativos passíveis de ocupar o lugar da pena (SICA, 2007).

Tendo a flexibilidade como base para ser operacionalizada, a justiça restaurativa deve seguir alguns contornos basilares para se ajustar a realidade das partes envolvidas e a cultura da comunidade que estas integram, sob pena de incorrer nos mesmos erros característicos do modelo de justiça retributiva, ou seja, obrigar as partes a se adequarem aos procedimentos formais, rígidos e previamente positivados pelo sistema tradicional de justiça. O caráter voluntariado das partes é condicionante no processo restaurativo. Entretanto, estas devem ser estimuladas à participação no evento conciliatório, em que as vantagens do modelo na busca do consenso dos efeitos causados pela infração devem ser cuidadosamente demonstradas. Entretanto, existem princípios básicos que podem servir para orientar a institucionalização da justiça restaurativa como cita Raffaella Pallamolla:

Os Princípios Básicos encontram-se na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e são referência internacional no âmbito da regulamentação da justiça restaurativa e suas práticas. Tais princípios visam orientar sua utilização em casos criminais e pretendem delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação e

desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores, a fim de abordar limitações e finalidades dos processos e resultados restaurativos. Estes princípios não ambicionam indicar como os países devem proceder à institucionalização da justiça restaurativa, apenas apresentam um guia para os Estados que queiram implementá-la (PALLAMOLLA, 2009, p. 87).

O modelo de justiça restaurativa não se apresenta como um substituto ao modelo punitivo, eles devem coexistir e se complementarem, já que se entende que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações limite. Apesar da explosão da justiça restaurativa acontecer somente nos anos 90, antes disto já existiam valores, processos e práticas consideradas restaurativas. Assim, o modelo de justiça restaurativa, de inspiração teórica anglo-saxônica, eclode nos Estados Unidos na década de 90, e, em pouco tempo, é difundido pelo continente europeu com suas três principais concepções (encontro, reparação e transformação), que se diferenciam acorde o território de implementação.

1ª a concepção do encontro {vítima, autor e outros interessados no caso devem ter a oportunidade de se encontrarem em um local não tão formal. Saindo da passividade e assumindo posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito em relação ao delito}.

2ª a concepção da reparação {defende-se que o dano causado à vítima deve ser reparado: valorizando a vítima — ressignificar o conflito}.

Valorização do ofensor — que terá a oportunidade do arrependimento e de reparar a vítima.

3ª a concepção da transformação {transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si mesmas e como se relacionam com os outros no dia a dia. Rejeita-se qualquer hierarquia entre os seres humanos (ou entre outros elementos do meio ambiente)}.

A justiça restaurativa, como forma de vida a ser adotada, prega o abandono do eu isolado para compreender a nós mesmos como intrinsecamente conectados e identificados com os outros seres e o mundo externo (SANTOS, 2014, p.40).

Os que defendem o sistema penal tradicional lançam críticas referentes ao fato de que a justiça restaurativa representa um retrocesso, uma volta às formas primitivas de controle, possibilitando a autotutela e fomentando a vingança privada. Porém, tais críticas surgem sempre de forma autorreferencial sugerindo o aperfeiçoamento do modelo punitivo encarcerador como solução dos problemas, ou seja, o endurecimento das leis e a construção de mais estabelecimentos penais (PALLAMOLLA, 2009).

Em comparação com a justiça retributiva, podem-se enumerar alguns valores gerais que caracterizam a justiça restaurativa: visão realista do crime como um ato que traumatiza a vítima causando danos; interesse na participação das pessoas e da comunidade envolvidas no delito, atribuindo-lhes responsabilidade na solução do crime considerando as diferenças e incentivando a tolerância numa dimensão de justiça social. Contudo, os valores obrigatórios não são estáticos, e vão sendo elaborados com base em análises empíricas que verificam como estão funcionando na prática.

Para que se alcancem os efeitos desejados com a aplicabilidade da justiça restaurativa como política pública desencarceradora no Brasil ou em Portugal, esses valores devem ser respeitados ou até mesmo impostos, notadamente o indispensável e inegociável valor da voluntariedade. Todos os processos da justiça restaurativa devem se encerrar com um acordo que definirá como o infrator irá reparar o dano por ele causado.

4 O AMBIENTE DISTÓPICO DAS PRISÕES NO BRASIL E EM PORTUGAL

A prisão parece representar uma perfeita instituição disciplinar capaz de, por meio de um programa de controle sistematizado e dotado de mecanismos promotores de coerção constante, gerar corpos dóceis (FOUCAULT, 1989).

Para Dores (2017), as prisões se configuram como ambientes socialmente construídos com o escopo de impor o que denominou de subculturas penitenciárias, em que a imposição de tal mudança poderia ser motivadora de estados nascentes, de iluminações, de rebates de consciência. Porém não é o que costuma acontecer, pois na prática não se observa a transformação dos modelos de comportamento entre os prisioneiros. Os estados de espírito criados nas prisões têm efeitos sociais dimensionados na presença de sentimentos de desumanização e vingança.

O Estado, ao optar pela pena aflitiva e restritiva de liberdade, retirando das partes o poder de conduzir a resolução do desencontro, condena-as às frustrações e angústias causadas pela sensação de impotência experimentada diante da insuficiência do modelo adotado pela justiça penal. Esta reação penal tradicional traz em seu âmago a punição irracional, o castigo e a

violência punitiva, que ao traduzirem as principais características da reação penal, apenas infundem nos cidadãos o ideal de sofrimento como dado essencial da justiça e, como resposta, avolumam a própria violência que os oprime. Assim sendo, a justiça penal deve dispor da mínima força e sempre que possível abdicar do recurso à violência legalmente prescrita, reconhecendo que o conflito, o desvio às regras de convivência, por fazerem parte da natureza humana, são constantes impossíveis de eliminar (SICA, 2007, p. 5).

A defesa dos direitos humanos no Brasil e na Europa contemporânea parece contrastar com a exclusão social, no mundo e no seio das sociedades mais modernas. Posto que, se por um lado as sociedades manifestam-se extremamente sensíveis à condenação e também na reabilitação dos egressos do sistema carcerário, por outro celebram ignorância, ressentimentos e desejos de vingança que servem como instrumentos mantenedores da discriminação e da exclusão de classes sociais previamente eleitas (DORES, 2017b, p. 97), já que:

Há gente que não deve estar na prisão – não necessariamente por ser melhor que outros, mas sobretudo por ser parecida conosco, por nos podermos identificar com ela. Como dizia um especialista inglês, as prisões não foram desenhadas para acolher pessoas de classe média ou superior. Para estas, antecipa-se a normal integração social. Para outros a exclusão (DORES, 2017b, p. 104).

No Brasil, o discurso de combate ao crime tem servido como álibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos, seja por ação ou omissão do Estado. O cientificismo tem se ocupado em analisar a pobreza tentando, inclusive, vinculá-la ao cometimento de ilícitos penais, porém, sem buscar as estruturas e dinâmicas do problema, apontando para sua nascente reproduzida pelas elites econômicas, políticas e intelectuais de países periféricos a exemplo do Brasil, e até mesmo em Portugal onde “à liberdade temerosa dos de cima, mantida com forças de segurança, corresponde à farsa da igualdade dos de baixo, mantida com assistência social e prisões” (DORES, 2017b, p. 97).

Frente a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo “emergencialismo de tipificação de condutas” e pela “opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas”, despreza-se o princípio da intervenção mínima, em que o direito penal somente deveria intervir na ordem jurídica e social quando os outros ramos do direito fracassam nesta função, dessa maneira o Estado anulou a característica residual e de subsidiariedade do direito penal banalizando todo o sistema penal (SICA, 2002).

O descrédito na eficiência do sistema penal e carcerário tem gerado discursos a favor do endurecimento das leis em detrimento a outras estratégias coercitivas menos ofensivas à dignidade humana que, embora já estejam previstas na Lei de Execução Penal (LEP), por não serem efetivadas aumentam a sensação de inoperância de todo o sistema de justiça criminal brasileiro. No caso português, a lei de execução de penas prevê como única finalidade das penas a ressocialização dos presos, sabendo-se que os serviços de reintegração social sempre funcionaram sob a tutela dos serviços prisionais e na prática servem exclusivamente para efeitos técnico-jurídicos. Produzem os relatórios previstos por lei para informar os processos judiciais, sem consequências práticas nas vidas das pessoas com necessidades de reinserção (DORES, 2018).

Já no Brasil, as desigualdades sociais, ao contrário do que ocorre na Europa, não são sentidas como algo a se envergonhar, e sim uma necessidade de afirmação quotidiana diante de uma guerra de classes e da adoção de uma postura permanentemente defensiva e agressiva perante um imaginário e imaginável ambiente selvagem e hostil. Isto é consequência da divisão herdada das experiências de colonização, em seus graus diversos de desigualdade, que “remete a prisão para o lugar de uma instituição do terceiro mundo, de que estão praticamente dispensadas as pessoas civilizadas. Eis um instrumento de defesa social!” (DORES, 2017b, p. 106).

O paradigma punitivo tem servido para legitimar esse fenômeno, uma vez que, na medida em que se percebe a apropriação do poder punitivo pelo Estado dito democrático, lastreado no discurso de manutenção da ordem e defesa da sociedade em geral, pode-se identificar a escalada das práticas de controle em que medidas que deveriam ser consideradas como excepcionais, são normalizadas pela sua frequente ocorrência, tornando cidadãos em objetos de controle, tal como os ditos criminosos. O paradigma restaurativo surge como um novo modelo, mais humanizado, retirando do Estado e devolvendo a vítima e a sociedade em geral o controle e a resolução do conflito delitivo, o que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito, devolvendo-lhes a competência de resolução dos conflitos (SANTOS, 2014, p. 748).

As decisões de Estado originariamente extraordinárias e temporárias, passam a ser empregadas como técnicas de governo, sendo aplicadas de forma rotineira na sociedade transformando-se em um verdadeiro paradigma, muitas vezes referendados e legitimados pelo Direito e pelo Judiciário, como se percebe ao analisar o artigo 86 da Lei de Execuções Penais no Brasil, das Casas de Correções de ontem e dos estabelecimentos penais de hoje, com sua aparente permissividade à pena de degredo na medida em que autoriza construção de presídios em áreas distantes do local da condenação do apenado.

Diferente do que ocorre no Brasil, em Portugal o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, em seu artigo 47º, nº 4 prevê a participação voluntária do recluso em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido. Essa participação do preso nos programas restaurativos pós-sentenciais, admitidos pela legislação portuguesa, esta vinculada às finalidades da pena e das medidas de segurança privativas de liberdade, com vistas à reinserção do ofensor na sociedade de modo que, por meio da responsabilização, este não reincida em crimes, e seja um protetor e defensor da sociedade e seus dos bens jurídicos (SANTOS, 2014).

O estado de exceção compreendido como paradigma de governo (AGAMBEN, 2004). e como princípio político surge por meio de leis integradas ao corpo do direito vigente, utilizando-se deste calhamaço legal para atingir a classe social previamente selecionada para sofrer determinado controle por meio da criminalização de condutas a eles dirigidas e das constantes violações dos direitos humanos; têm-se, por exemplo, o descaso pela obrigatoriedade trazida na Lei de Execuções Penais brasileira relacionada à assistência educacional do preso e do internado. Também a inexistência de uma assistência social direcionada ao egresso com vistas a sua reintegração na sociedade serve para denunciar o sistema carcerário como violador dos direitos humanos perpetrados pelo próprio Estado, com a anuência das instituições responsáveis pelo cumprimento e fiscalização das leis, e sob os olhos de uma sociedade silente, afinal, a prisão e o sistema prisional quando se traduzem, ao menos no discurso de seus proponentes, em espaços de punição, e também de correção ou reabilitação, tornam-se, ao que tudo indica, as únicas instituições que já nascem reclamando sua reforma (DE MORAES, 2005, p. 150).

As constantes notícias de rebeliões nos estabelecimentos penais espalhados pelos estados brasileiros, com suas imagens de barbárie e de extrema violência, dignas de filmes de terror são exemplos de violação dos direitos humanos e desatenção para compatibilidade da lotação dos estabelecimentos prisionais. Por outro lado, o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, em uma demonstração de esforço para adoção das ferramentas restaurativas, vêm instituindo alternativas penais como “mecanismos de intervenção em conflitos e violências, diversos do encarceramento, no âmbito do sistema penal, orientados para a restauração das relações e promoção da cultura da paz, a partir da responsabilização com dignidade, autonomia e liberdade³”. E assim mitigar a ocorrência de presídios superlotados que denunciam a aporia da abordagem do sistema punitivo atual, que tem seu fracasso retratado pela anomia do Estado por meio do desalinhamento da lei formal com os anseios da sociedade atual diante da conduta desviante. Se uma instituição básica de uma sociedade se apresentar como justa e razoável nas

³ DEPEN, Departamento Nacional Penitenciário. <http://depen.gov.br/DEPEN/dirpp/cgap>.

respostas aos casos concretos, todos os endereçados têm o dever natural de obediência. Parece-nos não ser o caso do sistema carcerário como instituição humana (RAWLS, 2000, p. 370), visto que a prisão fabrica delinquência, pois faz as famílias dos apenados caírem na miséria; o rótulo de criminoso e a constante vigilância, por vezes, fazem com que o egresso reincida na ação delituosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A justiça penal, com seu paradigma punitivo, está fundada nas normas positivadas de comportamento e de sanção, de forma que, na presença do delito, deverá haver sempre a aplicação de uma resposta punitiva. Essa racionalidade se traduz em um paradoxo por não cumprir suas promessas de diminuição do crime e reinserção do egresso do sistema prisional.

As Casas de Correção pedem ser entendidas como o embrião das prisões e já eram marcadas como local de violência e desrespeito aos direitos humanos.

A aporia do modelo tradicional punitivo gerou movimentos de resistência e inovação e que pregam medidas alternativas e até mesmo a sua extinção, a exemplo do surgimento do abolicionismo penal e da vitimologia.

O discurso de combate ao crime tem servido de alibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos de uma classe social pré-selecionada, seja por ação ou omissão do Estado, tanto no Brasil quanto em Portugal.

A justiça restaurativa, com sua característica polissêmica, surge como um novo modelo eficaz, mais humanizado, retirando do Estado e devolvendo a vítima e a sociedade em geral o controle e a resolução do conflito delitivo, o que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito, devolvendo-lhes a competência de resolução dos conflitos.

As crises que se espalham pelos presídios dos estados brasileiros são como consequências do sistema penal retribucionista potencializador de violência na medida em que se oferece o mal àqueles que praticam o mal.

A existência de práticas restaurativas pós-sentenciais no Estado Português corrobora com a ideia da aplicabilidade da justiça restaurativa como política pública de fomento ao desencarceramento no Brasil.

As práticas restaurativas previstas no Código de Execução da Penas e Medidas Privativas de

Liberdade servem como exemplo incontestado do potencial que a justiça restaurativa carrega para a reintegração do apenado. Assim o egresso do sistema penitenciário brasileiro e seus familiares terão mais chances de não sofrerem com a estigmatização que, por vezes, conduzem a reincidência criminal.

O modelo português é uma prova de que a justiça restaurativa não tem o condão de substituir a pena aflictiva, pois se apresenta como um elemento que compõe a execução da pena, podendo, inclusive, flexibilizar o tempo de cárcere ou até mesmo encurtá-lo. Sem, contudo, afastar-se do ideal da reparação e resignificação do delito.

Conclui-se pela adoção da justiça restaurativa como política pública de alternativa ao encarceramento, inclusive nos casos de intervenção pós-sentenciais, para tanto a mediação penal já aplicada no sistema prisional em Portugal, surge como modelo de reação penal legítima e adaptável ao ordenamento jurídico brasileiro, com capacidade de servir para construção de um novo paradigma de justiça baseado em princípios restaurativos passíveis de ocupar o lugar da pena e ou contribuir com as finalidades da sua execução que jamais deveria ser pensada a partir de “pacotes anticrimes”; posto que a conduta delitiva é ínsita ao convívio humano, e, como tal, deve ser abordada de forma humanizada. Do contrário, incorrer-se-á em aprofundamento das mazelas sociais que afligem um público alvo, previamente selecionado, para ocupar as masmorras da contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. ISBN: 9788575590577.

ALCÁCER, Rafael Guirão. “¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico?” *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 7, n. 11, p. 293-335, 2001.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. ISBN: 9788537505366.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. ISBN: 9789723216172.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas S.A, 1998. ISBN: 8522418462.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DE MORAES, Pedro Rodolfo Bodê . *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. IBCCRM, São Paulo, 2005.

DORES, António Pedro. “A base social do Estado Penal”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 12, marzo, pp. 203-226. Observatorio Del Sistema Penal y los Derechos Humanos - OSPDH. Universidad de Barcelona, 2017. https://www.researchgate.net/publication/315912404_A_Base_Social_do_Estado_Penal/link/58ece4c1aca27232c3ac23cf/download.

_____. “A casa dos espelhos”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 13, octubre, pp. 96-111. Observatorio Del Sistema Penal y los Derechos Humanos - OSPDH. Universidad de Barcelona, 2017.

_____. “Lutas práticas e epistemológicas pelo abolicionismo”. *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 9, septiembre, pp. 217-235. Observatorio Del Sistema Penal y los Derechos Humanos - OSPDH. Universidad de Barcelona, 2015.

_____. “Presos estão eles; Presos estamos nós”. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL)*. Dossiê Extensão universitária e sistema penal-penitenciário: aportes teóricos e experiências de luta, projetos e ações. V. 04, p. 13-46, n. 1, jan-dez, 2018. ISSN - 2448-3303.

_____. “Sociologias, problemas e práticas”. *Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL)*, Centro de Investigação e Estudos de Sociologia (CIES-IUL), n.º 86, 2018, pp. 135-152. Lisboa, Portugal. <<file:///C:/Users/Notebook/Downloads/Estigmaintenxeestados.pdf>> Acesso em 12 de junho de 2019.

ENTELMAN, Remo F. *Teoria de Conflictos: hacia um nuevo paradigma*. 1ed. Baelona. Editorial Gedisa, S.A., 2002. ISBN: 84-7432-944-2.

FERNANDES, Daniel Fonseca. Racionalidade penal moderna e o mito da modernidade. *XVI Revista do Cepej*, n. 16, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: Nascimento da Prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. ISBN 85.326.0508-7.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3ªEd. Tradução de José Lamego. Lisboa: Ed. Calouste Gulbenkian, 1991. ISBN: 972-310770-8.

MAIA, Clarissa Nunes et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. ISBN: 978-8569474210.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. ISBN: 859590076.

OLIVEIRA, Waldemar; MENEZES, José Euclimar Xavier de. “Resistência e poder constituinte dos direitos humanos”. *Revista Diálogos Possíveis*, Salvador, ano. 17, n. 2, p. 2-16, jul-dez, 2018.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. ISBN: 978-85-99216-24-8.

PINTO, Antonio João da Costa. “O Sistema Prisional Português no Contexto da Segurança Pública”. 2013. 96 f. *Dissertação (Mestrado)* – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2013.

PORTUGAL. Decreto-Lei N° 123, de 29 de dezembro de 2011. *Aprova a Lei Orgânica do Ministério da Justiça*. <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/145185/details/normal>>. Acesso em: 25 Fev. 2019.

PORTUGAL. Lei N° 115, de 12 de outubro de 2009. *Aprova o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade*. <<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1147&tabela=leis>. Acesso em: 25 Fev. 2019.

PORTUGAL. Decreto-Lei N° 51, de 11 de abril de 2011. *Aprova o Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais, em cumprimento do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade*. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1317&tabela=leis Acesso em: 25 Fev. 2019.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Almiro Piseta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. ISBN: 85-336-0681-8.

ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. “Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para proibição ou legalização das drogas”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 714-730, dez. 2017. ISSN: 2239-1677. Doi: 10.5102/rbpp.v7i3.4630.

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. “A Justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 227-242, 2018. ISSN: 2239-1677. Doi: 10.5102/rbpp.v8i1.5059.

SANTOS, Carlos Alberto Miranda. “Justiça Restaurativa e Justiça Militar Estadual: uma possibilidade à luz da Teoria da Justiça de John Rawls”. 2018. 165 f. *Tese (Doutorado)* – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/28412>.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014. ISBN: 978-972-32-2221-0.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. ISBN: 8520323154.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ISBN: 9788537500750.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. ISBN 978-85-60804-05-4.

A DESCOLONIZAÇÃO PARA A REFUNDAÇÃO DO ESTADO E AS CONSTITUIÇÕES PLURINACIONAIS LATINO-AMERICANAS

LA DESCOLONIZACIÓN PARA LA REFUNDACIÓN DEL ESTADO Y LAS CONSTITUCIONES PLURINACIONALES LATINOAMERICANAS

Heloise Buss Morvan¹

RESUMO: Sob o viés do princípio do monismo jurídico, fundamentado na existência de um único sistema jurídico dentro de uma organização estatal e de uma lei geral para todos os cidadãos, o Estado-Nação foi implementado durante o processo de colonização e todos os diferentes povos foram englobados dentro da mesma categoria como 'índios' e aniquiladas as suas formas de vida, cultura, língua sob a justificativa de homogeneização, implicando em um processo de re-identificação histórica. Desta feita, a estrutura de poder foi e ainda segue sendo organizada sobre o eixo colonial. Por meio dos movimentos de resistência na América Latina os povos indígenas renasceram e questionaram os direitos centrais da modernidade e se articularam de forma não tradicional para reivindicar direitos coletivos, sendo construída uma unidade indígena estruturada em organizações nacionais, refletindo também em outros povos, quilombolas e outras 'tribos'. As recentes Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) constroem, efetivamente, uma noção diferenciada de Estado e de sociedade, em que os diferentes povos passam a serem considerados sujeitos constituintes e, nessa condição, participam ativamente do processo de refundação do Estado. Como consequência, tem-se o fortalecimento jurídico do respeito aos distintos valores culturais, especialmente aqueles que regem a relação entre povos e natureza. O novo constitucionalismo insurgente na América Latina promove por meio da descolonização o reconhecimento e a consolidação de princípios diferenciados e direitos coletivos pautados essencialmente no pluralismo, na emancipação, na interculturalidade e no bem viver, sendo promissor ao reconhecer a sociodiversidade e incorporá-la ao Estado Plurinacional.

Palavras-Chave: Plurinacional. Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Descolonização.

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com experiência como pesquisadora científica nas áreas de atuação em Direito Ambiental, Direito Socioambiental e Direito Constitucional. Mestranda em Direito Socioambiental pela PUCPR. Integrante do grupo de pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUCPR). Advogada com atuação profissional em Direito Privado.

RESUMEN: Bajo el principio del monismo legal, basado en la existencia de un único sistema legal dentro de una organización estatal y una ley general para todos los ciudadanos, el estado nación se implementó durante el proceso de colonización y se abarcó a todos los diferentes pueblos. dentro de la misma categoría que los "indios" y aniquilaron sus formas de vida, cultura, lenguaje bajo la justificación de la homogeneización, lo que implica un proceso de reidentificación histórica. Esta vez, la estructura de poder se organizó y se sigue organizando a lo largo del eje colonial. A través de los movimientos de resistencia en América Latina, los pueblos indígenas han renacido y cuestionado los derechos centrales de la modernidad y se han articulado de manera no tradicional para reclamar los derechos colectivos, y se ha construido una unidad indígena estructurada en organizaciones nacionales, que también refleja en otros pueblos, quilombolas y otras 'tribus' Las recientes Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009) construyen efectivamente una noción diferenciada de estado y sociedad, en la cual los diferentes pueblos ahora se consideran sujetos constitutivos y, como tales, participan activamente en el proceso de refundación Estado Como resultado, existe el fortalecimiento legal del respeto por los diferentes valores culturales, especialmente aquellos que rigen la relación entre los pueblos y la naturaleza. El nuevo constitucionalismo insurgente en América Latina promueve, a través de la descolonización, el reconocimiento y la consolidación de principios diferenciados y derechos colectivos basados esencialmente en el pluralismo, la emancipación, la interculturalidad y el buen vivir, prometiendo reconocer la sociodiversidad e incorporarla al Estado Plurinacional.

Palabras Clave: Plurinacional. Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Descolonización.

SUMÁRIO: INTROUÇÃO; 1. O ESTADO-NAÇÃO NA AMÉRICA LATINA E A DESCONSIDERAÇÃO DA SOCIODIVERSIDADE; 1.1. NECESSIDADE DE DESCOLONIZAÇÃO PARA A REFUNDAÇÃO DO ESTADO; 1.2. A REFUNDAÇÃO DOS ESTADOS COMO PLURINACIONAIS NA AMÉRICA LATINA; 1.3. AS CONSTITUIÇÕES PLURINACIONAIS DA BOLÍVIA E DO EQUADOR; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A expansão do capitalismo ensejou a necessidade de exploração de novas terras pela enfraquecida Europa no final do século XVI. O Estado-Nação foi um modelo político-jurídico imposto mundialmente pelos Europeus aos povos colonizados sob o critério de serem raças inferiores, como forma de estabelecer uma identidade nacional única, uniformizando língua, cultura e subjetividade. A colonialidade do modelo hegemônico dizimou violentamente os povos colonizados, abalroando dentro de uma superficial unificação nacional, provocando conflitos sociais e divisões internas, em uma tentativa de reestruturar a colônia em uma nova Europa.

Os povos originários da América Latina nunca aceitaram essa imposição, havendo sempre forte resistência e lutas pela independência ao longo de todo processo de colonização, reivindicando o direito de manter suas identidades e especificidades. O final do século XX foi marcado pela articulação e organização dos movimentos sociais que insurgiram pelo reconhecimento de direitos coletivos e por um constitucionalismo mais plural que respeite suas culturas, territórios e formas de organização social, na tentativa de resgatar também a sua autonomia, questionando a configuração do Estado, monoculturalidade e o modelo jurídico colonialista.

A insurgência desses movimentos por meio de lutas sociais resultou no início da emancipação do modelo constitucionalista individualista vigente, partir de um processo descolonizador pautado nos princípios multiculturais e pluralistas, que caracterizaram o novo constitucionalismo latino-americano como um movimento promotor de significativas mudanças. Nesse viés, o 'constitucionalismo plurinacional' emergiu entre 2006 e 2009, definido nas recentes Constituições da Bolívia e do Equador que buscam a refundação do Estado com base na plurinacionalidade e no protagonismo indígena atuando como agentes políticos com direito a definir seu destino, se autogovernar autonomamente e participar dos novos pactos estatais, consequentemente, fortalecendo o respeito aos distintos valores culturais e relação entre povos e natureza.

No Estado Plurinacional reforça-se a identidade dos diferentes povos, o reconhecimento de direitos coletivos e de grupos sociais, possibilitando a coexistência de diversas culturas, conferindo autonomia e participação democrática direta no estabelecimento de mecanismos de legitimidade e controle sobre o poder constituído. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano inova ao positivar nos textos constitucionais a cosmovisão indígena e o reconhecimento de nacionalidades autônomas, incorporando elementos e formas de cidadania diferenciada e multicultural.

A partir do novo constitucionalismo latino-americano como movimento engajador da positivação da plurinacionalidade nas Constituições, a presente pesquisa analisa os processos de desconstrução da lógica colonizadora europeia e de construção da dimensão plurinacional do Estado. Para tanto, fez-se uso dos métodos dedutivo e monográfico. Como técnicas, foram utilizadas a pesquisa bibliográfica e a análise da legislação pertinente. Buscando-se identificar os elementos de ruptura que o Estado Plurinacional apresenta à modernidade europeia ao reconhecer as raízes milenares dos povos originários e sua relação diferenciada com a natureza, com uma breve análise das mudanças nas Constituições da Bolívia e do Equador.

1 O ESTADO-NAÇÃO NA AMÉRICA LATINA E A DESCONSIDERAÇÃO DA SOCIODIVERSIDADE

A necessidade de abertura de mercados para a expansão capitalista da Europa no século XVI concebeu uma organização política imposta mundialmente como modelo de Estado-Nação, com a finalidade de homogeneizar todas as nações dentro do modelo europeu de identidade nacional única. Nesse momento, as grandes navegações romperam as distâncias intercontinentais, chegando-se ao continente latino-americano que foi conquistado pelos europeus e chamado de 'Novo Mundo'.² Sob o viés do princípio do monismo jurídico, fundamentado na existência de um único sistema jurídico dentro de uma organização estatal e de uma lei geral para todos os cidadãos, o Estado Liberal do século XIX se configurou.³

Neste cenário, os europeus colonizaram a América Latina, sobrepondo sua cultura e concentrando todos os povos sob a mesma estrutura, visando o desenvolvimento do sistema econômico vigente por meio da exploração de novas terras e novos mercados.⁴ A expansão do capitalismo ocasionou o expansionismo e conquistas de novos territórios sob forte violência e dizimação dos povos colonizados, considerados inferiores pelo critério de raça outorgada para legitimar as relações de dominação colonial, atravessando, desde então, as dimensões mais importantes do poder mundial, inclusive sua racionalidade específica, o eurocentrismo.⁵

O expansionismo do capitalismo replicou o modo colonial, indicando como principais modos de operação o extrativismo e a expulsão violenta de comunidades inteiras para a ocupação do território pela mineração e monocultura que ignoram as populações e o meio ambiente local, quebrando os ciclos biológicos, gerando conflitos sociais e provocando divisões internas, promovendo uma completa reestruturação das sociedades.⁶

²PRÉCOMA, Adriele Fernanda Andrade. **Estados Plurinacionais Constitucionalizados na Bolívia e no Equador: um ponto não final na luta pela descolonização**. 2016. P923e. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2016.

³FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización**. *El Derecho em América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1º ed., p. 139-184, novembro, 2011. p. 139.

⁴DERETTI, Lucimara.. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do **A Democracia Participativa nos Estados Plurinacionais do Equador e da Bolívia** Paraná, Curitiba. 2017. p. 17-20.

⁵QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 107-130.

⁶ZIBECHI, Raúl. **Movimientos antisistémicos y descolonialidad**. In SANDOVAL, Rafael (ed.). *Pensar desde la resistencia anticapitalista y la autonomía*. Cidade de México: CIESAS, 2015. p. 105-120.

Expropriaram as populações colonizadas aqueles que resultavam mais aptos para o desenvolvimento do capitalismo e em benefício do centro europeu e reprimiram tanto como puderam, ou seja, as formas de produção de conhecimento dos colonizados, seus padrões de produção de sentidos, seu universo simbólico, seus padrões de expressão e de objetivação da subjetividade. Implicando num elemento de 'colonialidade' no modelo de poder hegemônico eurocêntrico como um modo de controle da subjetividade mundial, produziu um empobrecimento do imaginário histórico e político.⁷

A diferenciação baseada na ideia de 'raça' justificada numa suposta estrutura biológica, colocando uns em situação natural de inferioridade em relação a outros, e consequentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais.⁸

Para assimilar os povos originários no projeto de construção dos Estados-Nação, foi unificada a cidadania, imposto o cristianismo, escolarização obrigatória, o ensino da língua oficial do Estado e a unificação das vestes, por exemplo. Esse controle hegemônico concebido na modernidade europeia foi imposto no interior dos países como forma de organização política do modelo de Estado-Nação, causando abalroamento de diversos povos debaixo de uma artificial identidade nacional.⁹

Todos os diferentes povos foram englobados dentro da mesma categoria como 'índios' e aniquiladas as suas formas de vida, cultura, língua sob a justificativa de homogeneização para unificação do Estado-Nação, implicando em um processo de re-identificação histórica, sendo atribuída novas identidades geoculturais aos colonizados, tornando-se o principal aniquilador da sociodiversidade na América Latina e mantendo-se nesta condição por mais de 300 anos até que se tornassem independentes.¹⁰

Mesmo após a independência, os dominadores coloniais dos novos Estados independentes replicavam a burguesia europeia, levando tempo para que se considerassem com identidade nacional e cultural próprias, enquanto rejeitavam explicitamente a identidade associada à herança histórica latino-americana e qualquer parentesco com a população indígena.¹¹

⁷QUIJANO. op. cit., p. 107-130.

⁸QUIJANO. op. cit., p. 107-130.

⁹PRÉCOMA, Adriele Fernanda Andrade. **Estados Plurinacionais Constitucionalizados na Bolívia e no Equador: um ponto não final na luta pela descolonização**. 2016. P923e. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2016.

¹⁰QUIJANO. op. cit., p. 107-130.

¹¹QUIJANO. op. cit., p. 107-130.

Sob a égide do constitucionalismo liberal vigente desde as independências dos países latino-americanos, os povos originários foram submetidos e invisibilizados dentro de um sistema monocultural que não admitia qualquer forma de diversidade para além do modelo estatal, sendo alijados da participação política. Assim, a independência dos países latino-americanos significou apenas a transferência do poder da Coroa para os poderosos descendentes dos colonizadores europeus.¹²

Desta feita, a estrutura de poder foi e ainda segue sendo organizada sobre o eixo colonial, conceitualizadas e trabalhadas contra a maioria da população representada pelos índios, negros e mestiços. Além do processo de independência, foi e se faz necessário também um processo da descolonização das relações sociais, políticas e culturais entre as raças, ou mais propriamente entre grupos e elementos de existência social dos descendentes de europeus e não europeus.¹³

O dualismo delineado fraturado da identidade latino-americana encontra-se, de um lado, no seu desencontro consigo mesma, provocado pelo eurocentrismo, e por outro, na sua fertilidade potencialmente subversiva presente em aspectos nem sempre evidentes no campo estético, no cotidiano e, por certo no político. Assim, mesmo após a independência, os Estados Latino-Americanos ainda possuem a mentalidade eurocêntrica de seus colonizadores, sendo necessária a descolonização, para então, haver a refundação do Estado e efetiva rearticulação da colonialidade do poder sobre novas bases institucionais.¹⁴

1.1 Necessidade de descolonização para a refundação do Estado

O processo de colonização pelos europeus na América visando à exploração ilimitada dos recursos disponíveis nessas terras foi marcado pela violenta dizimação dos povos indígenas que nela viviam. Os povos originários resistiram ao longo de todo período colonizador e lutaram para resgatar suas culturas, territórios e formas de organização social, na tentativa de resgatar também a sua autonomia.¹⁵

¹²DERETTI, Lucimara. **A Democracia Participativa nos Estados Plurinacionais do Equador e da Bolívia. 2017.** Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2017. p. 47.

¹³QUIJANO. op. cit., p. 107-130.

¹⁴QUIJANO. op. cit., p. 107-130.

¹⁵DERETTI, Lucimara. **A Democracia Participativa nos Estados Plurinacionais do Equador e da Bolívia. 2017.** Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2017. p. 41.

Desde a invasão pelos europeus, mesmo ante a forte resistência dos povos indígenas, se tentava construir uma sociedade pautada na cultura europeia. Os povos latino-americanos foram impedidos de se autodeterminar e o Estado ignorou as especificidades da América Latina. Como consequência, formas de vida, de legislação, de política, de cultura e de crenças foram estabelecidas à semelhança da Europa¹⁶. Nesse cenário, as Constituições se edificam com base no pensamento eurocêntrico.

Para Quijano¹⁷, nos processos de independência houve apenas uma rearticulação da colonialidade sobre novas bases institucionais, não podendo ser considerados Estados nacionais até que a exígua minoria de colonizadores no controle fosse genuinamente representante do conjunto da população colonizada.

Walsh¹⁸ também expõe que a matriz da colonialidade segue estruturando a sociedade na América Latina em quatro eixos: 'colonialidade do poder' com base no poder colonial que parte dos interesses do capitalismo; a 'colonialidade do saber' tendo o eurocentrismo como a perspectiva única do conhecimento; a 'colonialidade do ser' que inferioriza, desumaniza e ignora a existências de outros povos; e a 'colonialidade da mãe natureza e da vida', apartando natureza da sociedade, percebida nas relações espirituais entre a humanidade e a natureza como desde a ancestralidade concebidas.¹⁹ Por isso, as lutas na América Latina precisam ter como finalidade a descolonização do pensamento eurocêntrico, considerando os contextos de cada país, em busca de uma nacionalização própria e de autodeterminação.²⁰

Para Zibechi²¹ a descolonização é feita por um processo de lutas e conflitos de classe/raça/gênero/geração, em que esses sujeitos possuem a capacidade de criar um novo mundo para que os oprimidos não repitam a velha história que os leva a tomar o lugar do opressor, modelando o horizonte de transformação coletivo e individual, material e simbólico. Os movimentos de resistência na América Latina reconstruíram nas últimas décadas as visões de mundo, modo de viver e culturas não ocidentais dos povos nativos, com base em suas

¹⁶ DERETTI. op. cit., p. 32-47.

¹⁷ QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 107-130.

¹⁸ WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-sistêmicas de refundas el Estado. **Tabula Rasa**. Bogotá, n. 9, julio-diciembre 2008, p. 131-152.

¹⁹ PRÉCOMA, Adrielle Fernanda Andrade. **Estados Plurinacionais Constitucionalizados na Bolívia e no Equador: um ponto não final na luta pela descolonização**. 2016. P923e. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2016. p. 45.

²⁰ PRÉCOMA, Adrielle Fernanda Andrade. **Estados Plurinacionais Constitucionalizados na Bolívia e no Equador: um ponto não final na luta pela descolonização**. 2016. P923e. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2016. p. 51.

²¹ ZIBECHI, Raúl. **Movimientos antisistêmicos y descolonialidad**. In SANDOVAL, Rafael (ed.). Pensar desde la resistencia anticapitalista y la autonomía. Cidade de México: CIESAS, 2015. p. 105-120.

experiências e conhecimento próprio, por meio da autoeducação popular a libertação de teologias indianas, negras e feministas, contrariando a unificação das diferenças como forma de excluir e oprimir a heterogeneidade.

1.2 A refundação dos estados como plurinacionais na América Latina

A efetividade social e política da Constituição está condicionada ao reconhecimento desta pelo povo, sendo materializada por tradições, cultura e costumes, devendo ser fonte de integração entre a norma positivada e o momento vivenciado, mantendo-se contemporânea e atual. O constitucionalismo latino-americano foi embasado nos princípios que resguardavam a mentalidade econômica-capitalista, a doutrina do liberalismo individualista e monismo-jurídico fundamentado na existência de um único sistema jurídico dentro de uma organização estatal e uma lei geral para todos os cidadãos.²²

O final do século XX foi marcado por inúmeros eventos políticos, sociais, econômicos e tecnológicos que transpassaram fronteiras, sucedendo-se em diversos locais do mundo. Grupos sociais que antes eram ignorados, conseguiram atingir espaços públicos nacionais e internacionais, reivindicando a promoção da inclusão social, política e econômica. Passa-se, então, a questionar a configuração do Estado, a monoculturalidade e o modelo jurídico colonialista. Como consequência, dá-se o início da emancipação do modelo constitucionalista individualista, o que ocorre a partir de um processo descolonizador que leva em conta os princípios de multiculturalismo e pluralismo jurídico, “como forma de coexistência de vários sistemas normativos dentro de um mesmo espaço geopolítico”.²³

Na história recente, as minorias excluídas pelo idealismo eurocêntrico questionaram a centralização do poder por meio de lutas sociais, promovendo significativas mudanças e obtendo reconhecimento dos direitos coletivos. Os povos indígenas renasceram e questionaram os direitos centrais da modernidade e se articularam de forma não tradicional para reivindicar direitos coletivos, sendo construída uma unidade indígena estruturada em organizações nacionais, refletindo também em outros povos, quilombolas e outras 'tribos'.²⁴

²² FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a ladescolonización.** El Derecho em América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1º ed., p. 139-184, novembro, 2011. p. 139.

²³ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a ladescolonización.** El Derecho em América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1º ed., p. 139-184, novembro, 2011. p. 139.

²⁴ MARES, Carlos Frederico. **A essência socioambiental do constitucionalismo latinoamericano.** Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 41, n. 1, p. 197-215, jun. 2017.

Nesse sentido, Yrigoyen²⁵ analisa a dinâmica dos povos indígenas e a sua inserção no processo constitucional em alguns países latino-americanos, sistematizando as evoluções constitucionais em três ciclos, quais sejam: constitucionalismo multicultural, constitucionalismo pluricultural e constitucionalismo plurinacional.

O primeiro ciclo, 'constitucionalismo multicultural', insurgiu entre 1982 e 1988 e foi marcado pelo surgimento do multiculturalismo, no qual as Constituições introduzem o direito à identidade cultural, o reconhecimento de várias línguas oficiais e alguns direitos indígenas específicos.²⁶ O 'constitucionalismo pluricultural' foi o segundo ciclo, ocorreu entre 1989 e 2005. Nesse período, as Constituições reafirmam os direitos à identidade e à diversidade cultural já introduzido no primeiro ciclo, e desenvolvem os conceitos de “nação multiétnica/multicultural” e de “Estado Plurinacional”, em que pluralismo e diversidade cultural se convertem em princípios constitucionais e permitem o reconhecimento dos direitos como a oficialização dos idiomas indígenas, a educação bilíngue intercultural, o direito sobre as terras, a consulta e novas formas de participação indígenas, assim como dos afrodescendentes e outros grupos.²⁷ O terceiro ciclo compreende o 'constitucionalismo plurinacional', entre os anos de 2006 e 2009, sendo representado pelas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que buscam a refundação do Estado com base na plurinacionalidade e no protagonismo indígena.²⁸

No Estado Plurinacional os povos até então ignorados, foram integrantes ativos no Poder Constituinte, atuando como agentes políticos com direito a definir seu destino, se autogovernar autonomamente e participar dos novos pactos estatais. Ao definir-se como Estado Plurinacional, resultado de um pacto entre povos, não é um Estado alheio que 'reconhece' direitos indígenas, mas as próprias comunidades indígenas que se colocam como partícipes do Estado e, dessa maneira, revestem-se de poder para definir o novo modelo de Estado.²⁹

Wolkmer³⁰ aponta que a “plurinacionalidade significa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais ou culturais com particularidade própria”. Por isso, são “fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem em si”.

²⁵FAJARDO. op. cit.

²⁶FAJARDO. op. cit., p. 141.

²⁷FAJARDO. op. cit., p. 142-143.

²⁸FAJARDO. op. cit., p. 149.

²⁹FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a ladescolonización**. El Derecho em América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 1º ed., p. 139-184, novembro, 2011. p. 149.

³⁰WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 175-177

As recentes Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) caracterizam-se por aderir a concepções inerentes ao terceiro ciclo acima referido, em que os direitos perpassam toda a Constituição e constroem, efetivamente, uma noção diferenciada de Estado e de sociedade, em que os diferentes povos passam a ser considerados sujeitos constituintes e, nessa condição, participam ativamente do processo de refundação do Estado. Como consequência, tem-se o fortalecimento jurídico do respeito aos distintos valores culturais, especialmente aqueles que regem a relação entre povos e natureza.³¹

1.3 As constituições plurinacionais da Bolívia e do Equador

Na América Latina um processo democrático que se iniciou com revoluções pacíficas que rompe com o Estado-Nação monocrático instituído pelos colonizadores que homogeneizaram o povo na tentativa de estabelecer uma identidade nacional unitária impositiva de valores, cultura, religião comum, promovendo forte intolerância com a diversidade. No século XX, os povos originários juntamente com imigrantes e africanos excluídos de qualquer ideia de nacionalidade passaram a reivindicar seu espaço no cenário sócio-jurídico-político, exigindo respeito a suas plurinacionalidades e não a inclusão nessa nacionalidade homogeneizada.³²

Marés³³ descreve que a 'Constituição com base europeia é regulamentadora dos direitos de propriedade e a 'questão dos coletivos sempre foi ligada ao trabalho, ou produção, para si, para a família ou para a coletividade, de forma solidária ou não, sistematicamente negada pela realidade capitalista europeia'. Desta forma, o modo de vida tradicional contraponha o modo de expansão e a cumulação capitalista, sendo veemente rechaçado e violentamente reprimido. Nessa perspectiva, Précoma³⁴ reforça que no Equador e na Bolívia os movimentos de resistência de povos indígenas e outros povos tradicionais anseiam pelo reconhecimento 'como nações originárias ou nacionalidades, com participação democrática direta no estabelecimento de mecanismos de legitimidade e controle sobre o poder constituído'.

³¹ MORVAN, Heloíse Buss.; FERREIRA, H. S. **A dimensão plurinacional do estado: uma análise a partir das Constituições da Bolívia e do Equador.** In: 23º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 2018, São Paulo. 13º Congresso de Graduação e Pós-Graduação em Direito Ambiental, 2018.

³² MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **O estado plurinacional na América Latina.** Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, v. 3, n. 2, p. 9-25, 2017

³³ MARÉS, Carlos Frederico. **A essência socioambiental do constitucionalismo latinoamericano.** Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 41, n. 1, p. 197-215, jun. 2017.

³⁴ PRÉCOMA, Adriele Fernanda Andrade. **Estados Plurinacionais Constitucionalizados na Bolívia e no Equador: um ponto não final na luta pela descolonização.** 2016. P923e. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2016. p. 61-64

O novo constitucionalismo latino-americano procura inovar ao propor a transformação do Estado em um Estado Plurinacional, sendo inclusos nos textos constitucionais a cosmovisão indígena e o reconhecimento de nacionalidades autônomas. Portanto, os povos são autônomos e participam do processo decisório em todas as esferas - política, jurídica e social.³⁵

A maioria das reformas constitucionais modifica substancialmente a compreensão da unidade nacional ao reconhecer a igualdade entre as diferentes confissões religiosas, inclusive as das populações indígenas, valorizando as diferenças, passando a serem definidas como Constituições pluriétnicas e pluriculturais. Dessa forma, as reformas abrangem grupos tradicionalmente discriminados, como povos indígenas e comunidades negras, estabelecendo competências especiais de representação política para essas comunidades, incorporando suas línguas oficiais e sua autodeterminação, com próprio poder judicial em seus territórios para a decisão de certos conflitos, de acordo com suas cosmovisões, incorporando elementos e formas de cidadania diferenciada e multicultural.³⁶

Na Constituição do Equador (2008) e da Bolívia o *Buen Vivir* passa por garantir direito a água e alimentação, ao meio ambiente, exigindo uma gestão diferenciada dos recursos naturais, situado como princípio fundamental do desenvolvimento como do conjunto de direito, sendo estabelecidos deveres gerais ao Estado, as pessoas e as coletividades. Pela inclusão da Vida em Plenitude e do respeito aos direitos da natureza na ordem jurídica, formaliza-se o respeito e consideração da cultura dos povos originários, que compreendem a Terra como uma mãe, geradora da vida.³⁷

Na Constituição equatoriana não foi explicitada a descolonização como elemento basilar da construção do Estado Plurinacional, sendo apenas mencionado o colonialismo no preâmbulo, ao reconhecer o povo equatoriano como herdeiro de lutas sociais de liberação frente a todas as formas de dominação e colonialismo, no artigo 416.8, além de refutar qualquer semelhança com o modelo eurocêntrico ao descrever que “condena todas as formas de imperialismo, colonialismo, neocolonialismo, e reconhece o direito dos povos à resistência e libertação de todas as formas de opressão”.³⁸

³⁵ MORVAN, Heloise Buss.; FERREIRA, H. S. **A dimensão plurinacional do estado**: uma análise a partir das Constituições da Bolívia e do Equador. In: 23º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 2018, São Paulo. 13º Congresso de Graduação e Pós-Graduação em Direito Ambiental, 2018.

³⁶ UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 109-138.

³⁷ MORVAN, Heloise Buss.; FERREIRA, H. S. **A dimensão plurinacional do estado**: uma análise a partir das Constituições da Bolívia e do Equador. In: 23º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 2018, São Paulo. 13º Congresso de Graduação e Pós-Graduação em Direito Ambiental, 2018.

³⁸ ECUADOR. **Constitución De La República Del Ecuador**. 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019. art. 416,8.

Na Constituição Plurinacional da Bolívia, o pluralismo é citado desde o primeiro artigo, compondo o fundamento do Estado e abarcando as esferas política, econômica, jurídica, cultural, institucional e linguística. O poder político está concretizado na participação democrática exercida de diversas formas, primando pela participação popular, conforme disposto no artigo 11 do texto constitucional.³⁹ Traz o sentido da descolonização e a unidade estatal é mantida, prevê a livre determinação dos povos e a possibilidade de se autogovernarem. A interculturalidade é matriz do Estado Plurinacional e garante espaços de democracia comunitária. A plurinacionalidade aparece como elemento basilar em toda a extensão do texto constitucional.⁴⁰

A importância da representação interna de cada povo e o respeito pelas tradições entre os diferentes povos que culminou no sucesso da defesa do direito coletivo de cada um ser como é. Os conhecimentos tradicionais passaram a ser cobiçados diante da necessidade de promoção de um equilíbrio sustentável e melhor integração social com o meio ambiente. Apesar de extremamente importante os avanços conquistados na positivação dos direitos coletivos no texto constitucional, deve-se atentar para as poucas modificações e efetividade no âmbito prático, que poderá ser alcançada se mantida a resistência e luta.⁴¹

Nesse sentido, Santilli⁴² reforça que a Constituição discrimina as diferentes categorias de índios, não mencionando como isolados ou integrados, mas sim assegurando a diversidade por meio de critério de auto-identificação (ou auto-atribuição), também adotado pelas comunidades quilombolas que possuem direitos territoriais específicos, o que os distingue das demais populações tradicionais. A territorialidade seria elemento essencial para a identificação das populações tradicionais, pois enseja propriedade comum, sentimento de pertencimento a um lugar específico que resguarda uma memória coletiva histórica, guardando relação com tradições, costumes e gestão compartilhada dos recursos naturais.

O reconhecimento da plurinacionalidade nas recentes constituições latino-americanas da Bolívia (2009) e do Equador (2008) são exemplos de uma nova concepção de nacionalidade e constroem, efetivamente, uma noção diferenciada de Estado e de sociedade em que a descolonização do pensamento eurocêntrico tenta recuperar as relações originárias e tradicionais como o modo de vida e saberes antepassados, para o viver bem, buscando a refundação dos Estados Latino-

³⁹BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. 2007. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

⁴⁰BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. 2007. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

⁴¹MARÉS, Carlos Frederico. **A essência socioambiental do constitucionalismo latinoamericano**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 41, n. 1, p. 197-215, jun. 2017.

⁴²SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005. p. 91-99.

Americanos com base na plurinacionalidade, respeito aos direitos da natureza e na consideração da cultura dos povos originários e preservação do meio ambiente que exige uma gestão diferenciada dos recursos naturais, situado como princípio fundamental do desenvolvimento como do conjunto de direito, estabelecidos como deveres gerais ao Estado, das pessoas e das coletividades.

O antagonismo na positivação das especificidades heterogênicas dos povos nas Constituições que ainda permanecem com ideais eurocêntricos, o que pode ser concebido como uma forma de delimitação pelo Estado sobre o que seriam essas diferenças e a forma como devem ser tratadas, voltando assim, a oprimir e restringir direitos. Todavia, fundamental assumir que é um importante passo rumo à descolonização, principalmente porque foram formuladas em conjunto com as regiões comunitárias e autônomos plurinacionais com a participação indígena, pluralismo jurídico e inserção de identidades coletivas para reformular o mapa político. Assim, o novo constitucionalismo insurgente na América Latina promovendo por meio da descolonização o reconhecimento e a consolidação de princípios diferenciados e direitos coletivos pautados essencialmente no pluralismo, na emancipação, na interculturalidade e no bem viver.

Para Uprimny⁴³, o recente constitucionalismo latino-americano possui relevância por lidar com problemas fundamentais da organização do estado e da sociedade, atentando para a “heterogeneidade social e étnica, sistema judiciário fraco, persistência de formas muito profundas de discriminação e desigualdade social, étnica e de gênero, a violação em massa dos direitos fundamentais da população”, sendo importantes oportunidades democráticas, mas envolvendo riscos autoritários. O desafio se encontra na criação de um pensamento crítico constitucional e aprofundamento democrático regional, por meio do diálogo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A colonialidade está diretamente vinculada com a concentração de capital na Europa no final do século XVI e se deu para a expansão do capitalismo. Neste sentido, não seria possível a descolonização de uma sociedade inserida no sistema capitalista em que ainda predomina a colonialidade do poder, do saber, do ser, da natureza e da vida.

Por isso, a descolonização do pensamento crítico é imprescindível no processo de criação de novas diretrizes para uma mudança profunda, visando o resgate dos saberes tradicionais dos

⁴³ UPRIMNY, Rodrigo. **Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos**. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). *El derecho em América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 109-138.

povos nativos e respeitando as pluralidades culturais, o modo de vida, valores comunitários, cosmovisão, histórias, identidades, costumes, territórios, línguas, conhecimento e sistemas sociopolíticos coletivos, levando em consideração a forma como são concebidos na atualidade, uma vez que não são estáticos e se adaptam ao tempo e contexto social em que estão inseridos, quando inseridos.

O novo constitucionalismo latino-americano promove o reconhecimento e a consolidação de princípios diferenciados, pautados essencialmente no pluralismo, na interculturalidade, no bem viver e, principalmente, na emancipação do modelo colonialista, eurocêntrico e homogeneizador. Assim, constroem efetivamente uma noção diferenciada de Estado e de sociedade, em que os diferentes povos atuam ativamente no processo de refundação do Estado como sujeitos constituintes, fortalecendo mecanismos de legitimidade e controle sobre o poder constituído.

As Constituições do Equador e da Bolívia foram as precursoras da plurinacionalidade, trazendo inovações e empreendendo avanços rumo à descolonização. Nesses dois contextos em particular, o reconhecimento do Estado Plurinacional constituiu-se em um grande passo para se alcançar a democracia participativa a fim de fazer prevalecer os interesses coletivos. A Constituição da Bolívia (2009) tratou da plurinacionalidade e da interculturalidade em toda a sua extensão, enquanto a Constituição do Equador (2008) deu mais ênfase à interculturalidade do que a plurinacionalidade. A despeito disso, ambas as Constituições preveem o autogoverno, a democracia participativa e a livre determinação dos povos, ainda que as condicione à legislação infraconstitucional.

Assim, o novo constitucionalismo insurgente na América Latina promove por meio da descolonização o reconhecimento e a consolidação de princípios diferenciados e direitos coletivos pautados essencialmente no pluralismo, na emancipação, na interculturalidade e no bem viver, sendo promissor ao reconhecer a sociodiversidade e incorporá-la ao Estado Plurinacional, constituindo um grande passo para se alcançar a democracia participativa a fim de fazer prevalecer os interesses coletivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. 2007. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Constitucion.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2019.

ECUADOR. **Constitución De La República Del Ecuador**. 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2019.

DERETTI, Lucimara. **A Democracia Participativa nos Estados Plurinacionais do Equador e da Bolívia**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2017.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización**. El Derecho em América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 1º ed., p. 139-184, novembro, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **O estado plurinacional na américa latina**. Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, v. 3, n. 2, p. 9-25, 2017

MARÉS, Carlos Frederico. **A essência socioambiental do constitucionalismo latinoamericano**. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 41, n. 1, p. 197-215, jun. 2017.

MORVAN, Heloise Buss.; FERREIRA, H. S. **A dimensão plurinacional do estado: uma análise a partir das Constituições da Bolívia e do Equador**. In: 23º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 2018, São Paulo. 13º Congresso de Graduação e Pós-Graduação em Direito Ambiental, 2018.

PRÉCOMA, Adriele Fernanda Andrade. **Estados Plurinacionais Constitucionalizados na Bolívia e no Equador: um ponto não final na luta pela descolonização**. 2016. P923e. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba. 2016.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 107-130.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

UPRIMNY, Rodrigo. **Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos**. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). El derecho em América Latina:

un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 109-138.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-sistêmicas de refundas el Estado. **Tabula Rasa**. Bogotá, n. 9, julio-diciembre 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZIBECHI, Raúl. **Movimientos antisistêmicos y descolonialidad**. In SANDOVAL, Rafael (ed.). *Pensar desde la resistencia anticapitalista y la autonomía*. Cidade de México: CIESAS, 2015. p. 105-120.

REFLEXÕES ACERCA DA CONJUGALIDADE LGBTI

NA AMÉRICA LATINA:

um estudo comparativo entre o Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos

Brendhon Andrade Oliveira¹

Bruna Andrade Irineu²

RESUMO: O estudo objetiva apresentar as possíveis comparações na trajetória de reconhecimento do direito à conjugalidade LGBTI na América Latina. Portanto, apresenta resultados de análise documental que selecionou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 de 2011 (Brasil) e a Opinião Consultiva 24 de 2017 (Corte Interamericana de Direitos Humanos). Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo considerando a hipótese principal de que a judicialização dos direitos LGBTI frente ao Poder Judiciário brasileiro e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos se coloca enquanto uma estratégia dos ativismos tensionando esses órgãos a se manifestar sobre o tema.

Palavras-chave: Homoconjugalidade; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; Judicialização; Direitos LGBTI; Direito de Família.

ABSTRACT: The study aims to present possible comparisons in the trajectory of recognition of the right to LGBTI conjugality in Latin America. Therefore, it presents results of documentary analysis that selected the Direct Action of Unconstitutionality 4,277 of 2011 (Brazil) and the Consultative Opinion 24 of 2017 (Inter-American Court of Human Rights). To do so, we used the hypothetical-deductive method considering the main hypothesis that the judicialization of LGBTI rights vis-à-vis the Brazilian Judiciary and the Inter-American Human Rights System is placed as a strategy of activism tending these bodies to manifest themselves on the theme.

Keywords: Homoconjugalit; Inter-American Human Rights System; Judicialization; LGBTI rights; Family right.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (PPGD/UFMT). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisa Sobre a Organização da Mulher e Relações de Gênero (Nuepom/UFMT) e do Grupo de Pesquisas em meio ambiente do trabalho equilibrado como componente do trabalho decente (GPMAT/UFMT).

² Professora do Departamento de Serviço Social e do Programa de Pós-Graduação em Política Social da Universidade Federal de Mato Grosso - PPGPS/UFMT. Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre a Organização da Mulher e Relações de Gênero – NUEPOM/UFMT. Doutora em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

INTRODUÇÃO

O artigo centra-se no tema da homoconjugalidade, chamada também por matrimônio igualitário ou relações afetivo-sexuais entre pessoas do mesmo sexo, que também pode ser estendida à concepção de conjugalidade LGBTI (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexos). A sexualidade é regulada através de construções sociais em todos períodos históricos de diferentes formas e significados. Essas construções ditam normas que estabelecem o exercício legítimo, colocado enquanto um paradigma, e os exercício ilegítimo, colocado enquanto algo a ser indesejado. Essas regulações partem da divisão binária heterossexualidade versus homossexualidade, colocadas em contrapontos e marcadas moralmente como boa e ruim, respectivamente. A sexualidade foi utilizada, portanto, para estabelecer “boas” e “más” práticas e condutas (RUBIN, 2012). Assim, tomando a heterossexualidade como única forma legítima de exercício da sexualidade, a homossexualidade e outras dissidências sexuais como a bissexualidade, foram compreendidas dentro de uma lógica patológica e desviante.

Nesse cenário de negação do status humano, reconhecimento e legitimidade, a partir dos anos 1960, o grupo LGBTI iniciou suas primeiras reações. Com a revolta de Stonewall, em 1969, ocorrida em Nova York nos Estados Unidos, se inicia um movimento de ressignificação e consolidação da identidade LGBTI. No Brasil, jovens LGBTI, influenciados pelos ativismos insurgentes, se organizam ainda no período da ditadura militar, ganhando força e maiores visibilidades a partir da década de 1990, se inserindo na arena política na disputa por direitos e promoção da igualdade e diversidade.

O século XX é marcado por intensas mudanças também no âmbito do Direito, devido as inúmeras violações de direitos humanos e fundamentais, a centralização do poder e o autoritarismo, a Segunda Guerra Mundial se coloca enquanto um paradigma, um divisor de águas, que viria a modificar o Estado e o Direito, ou melhor, o Estado de Direito. Frente, portanto, a necessidade de preservar o Estado de Direito e o respeito e promoção dos direitos fundamentais, a ideia de dignidade da pessoa humana que aliás ganha força nesse contexto, a ideia de um Poder Judiciário forte e independente e uma Constituição suprema que possibilita a invalidação de atos de outros poderes caso incompatíveis ganha força e se consolida.

Nesse mesmo contexto de expansão da jurisdição constitucional e pós-guerras, os direitos humanos também começam a ganhar força e se consolidar no âmbito internacional. A criação da Organização das Nações Unidas (1945) e Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) são os marcos históricos dessa internacionalização dos direitos humanos. Assim sendo, essa intenção internacional manifestada tanto por meio de tratados, convenções, pactos ou outros instrumentos, quanto pelo surgimento dos Sistemas Internacionais de Proteção, sendo o

Onusiano em níveis globais, enquanto que no contexto latino-americano têm-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos composto pela Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, evidencia a consolidação dos direitos humanos, apesar de ainda se ter um intenso cenário de violações desses direitos.

A América Latina é marcada por insurgências e expulsões³ desde os períodos da colonização, gerando desigualdades sociais que se ampliaram devido ao contexto de dependência (IRINEU, 2020). Após um longo tempo sob domínio das Coroas e intensos períodos ditatoriais, o contexto da redemocratização traz consigo uma gama de questões que se imbricam. Partindo de um lugar constituído sob o prisma das assimetrias de poder e acesso aos direitos e bens sociais, as novas conjunturas políticas, econômicas, sociais e jurídicas caminham no sentido de combate as diversas formas que a desigualdade assume exigindo novas políticas de promoção da igualdade e justiça social. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 corrobora com argumento quando se observa o rol de direitos fundamentais por ela protegidos, além dos compromissos firmados pelo constituinte como o combate à pobreza e a discriminação, por exemplo, e além disso, se insere nesse momento histórico da expansão jurisdicional tendo em vista o regime de exceção brasileiro.

Como na legislação brasileira ou na norma internacional no âmbito da Organização dos Estados Americanos não há nada sobre direitos da população LGBTI de qualquer ordem, a hipótese do estudo, que este texto se vincula, é de que em virtude desse cenário, a judicialização dos direitos LGBTI frente ao Poder Judiciário brasileiro ou ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos se coloca enquanto uma estratégia dos ativismos tensionando esses órgãos a se manifestar sobre o tema, visto que as tentativas de aprovação de legislação ou instrumento internacional no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) restaram infrutíferas dada as moralidades e resistências que o tema enfrenta na política majoritária nacional e internacional. Além disso, ambas decisões se pautam em linhas argumentativas jurídico-legais próximas, se fundamentando em princípios como dignidade da pessoa, igualdade e não-discriminação, a liberdade e suas variações.

³ A ideia de “expulsões”, que parte dos estudos de Saskia Sassen, ajuda a entender que mercado de terras, especulação no mercado imobiliário e as commodities, por exemplo, serão centrais para o novo mercado global, que também conhecemos como financeirização do capital. Assim, em um mesmo terreno de ampliação da participação social nos países com governos populares na América Latina, instituiu-se o projeto neodesenvolvimentista que se alinha ao movimento econômico global. (IRINEU, 2020, p. 04).

O estudo teve os seguintes documentos como corpus da pesquisa: I) Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017 solicitada pela República de Costa Rica. Identidade de gênero, e igualdade e não discriminação de casais do mesmo sexo⁴, da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH); II) Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil. Para inferência, definiu-se pela análise de conteúdo como caminho para análise dos dados já que “é uma técnica para produzir inferências de um texto focal para seu contexto social de maneira objetivada”. (BAUER; GASKELL, 2002, p. 191). E, desta forma, apresenta-se nas seções deste artigo, as reflexões que privilegiam o paralelo entre a decisão do STF e a do CIDH quanto ao reconhecimento da conjugalidade LGBTI.

1 AADI 4.277-DF e o reconhecimento da conjugalidade LGBTI pelo STF

No contexto brasileiro, a luta por reconhecimento da comunidade LGBTI existe desde o período da ditadura militar, ganhando maiores visibilidades na década de 1990 pós surgimento da epidemia HIV/Aids. A década de 1990 é marcada pela insurgência do ativismo homossexual na arena política, após as tentativas infrutíferas de negociações para reconhecer a homofobia como uma discriminação no processo constituinte, grupos de militância LGBTI passam a disputar no campo do Congresso Nacional a possibilidade de reconhecimento de direitos por meio de aprovação de legislações.

O pioneiro projeto de lei que buscou tratar da cidadania de homossexuais fora o PL 1.151 de 26 de outubro de 1995 que objetivava disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. À época, considerando que na realidade social já existiam casais do mesmo sexo, a pressão de grupos religiosos e a possibilidade de se decretar a inconstitucionalidade de um projeto que estendia as relações familiares de constituídas por “um homem e uma mulher”, levaram os congressistas a criar uma relação jurídica que protegeria esse vínculo, mas não se confundiria com os institutos do casamento ou da união estável, apesar de suas proximidades. O projeto foi discutido em comissão especial com diversos grupos e interessados no projeto, o substitutivo passou a falar em parceria registrada no lugar de união civil, todavia, não conseguiu ser aprovado no plenário da câmara.

Nos anos 2000, com apoio do Grupo Nuances – Grupo pela Livre Orientação Sexual de Porto Alegre/RS e Grupo Gay da Bahia – GGB, o Ministério Público Federal ajuizou uma Ação Civil Pública em face ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), com fins a consideração de

⁴Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. 2017

companheiros/as homossexuais como dependentes preferenciais na mesma classe dos casais heterossexuais conforme o art. 15, I, da lei 8.213 de 1991, para fins de conceder benefícios previdenciários, deferindo os de pensão por morte e auxílio-reclusão a eles relacionados, bem como possibilitar inscrição desses companheiros/as como dependentes, inclusive em casos de segurado empregado ou trabalhador avulso. O INSS fora condenado em 1ª instância, recorreu ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região que manteve a sentença, levando o INSS recorrer ainda ao STJ que por sua vez manteve a condenação.

Interessante observar nesse processo que após as negociações frustradas na política majoritária em fins da década de 90, os grupos de promoção da diversidade sexual, entendendo o direito a constituir família para além dos fins civis, considerando aqui direitos sociais como os do tripé da seguridade social, se voltam ao Poder Judiciário a fim de se garantir não as relações homossexuais como entidade familiar ainda, mas pelo menos o reconhecimento de companheiros/as para fins de direitos previdenciários. A partir de 2002 as pautas LGBTI consolidam uma maior visibilidade ainda, sendo incorporada as políticas de direitos humanos no fim do governo FHC. No governo Lula têm-se a criação do Programa Brasil Sem Homofobia, que foi o primeiro plano de políticas públicas específico dessa população no Brasil (IRINEU, 2019). Os governos petistas incorporaram as demandas da população LGBTI em suas políticas de Direitos Humanos, apesar das dificuldades orçamentárias, por exemplo, na execução e efetividade dessas políticas (IRINEU; OLIVEIRA, 2020). Nesse período, constituído sobre a contradição, considerando a política de conciliação, em muitos momentos o governo federal utilizou-se das pautas LGBTI para negociações com os setores conservadores, sobretudo em relação à Frente Parlamentar Evangélica⁵.

A ausência de uma legislação levou casais gays e lésbicos voltaram-se ao Poder Judiciário buscando reconhecimento de suas relações afetivo-sexuais e seus efeitos jurídicos por meio da judicialização. Em maio de 2011, em decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132/RJ, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, portanto, admitida como entidade familiar e com todos efeitos daquela prevista para casais heterossexuais.

⁵No Congresso Nacional, no âmbito da homoconjugalidade, os projetos não pararam com aquele que disciplinava a união civil. O deputado Clodovil Hernandes – PTC apresentou em 27 de março de 2007 o Projeto de Lei 580/2007, que tinha por objetivo alteração do Código Civil para dispor sobre o contrato civil de união homoafetiva. E o PL 5120/2013, autoria de Jean Wyllys – PSOL, altera o Código Civil para reconhecer o casamento civil e união estável entre pessoas do mesmo sexo. Já no Senado Federal, existiu o Projeto de Lei nº 612, de 2011, autoria de Marta Suplicy – PT, com fins a alterar o Código Civil para permitir o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

A ADI 4.277 buscava o reconhecimento das relações entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, onde os direitos e deveres da união estável seriam estendidos aos casais homossexuais, considerando a inconstitucionalidade do tratamento discriminatório que gays e lésbicas estavam submetidos. Já a ADPF 132 alegou que o não reconhecimento desses vínculos contrariava preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana, pedindo, assim, que o regime da união estável alcance as relações homossexuais. A ADI recebe a parte remanescente da ADPF que perdeu parcialmente seu objeto.

No Acórdão se argumenta a respeito à proibição do preconceito em razão do sexo tanto em relação ao binarismo de gênero, quanto no plano da orientação sexual, onde conforme inciso IV do art. 3^a da CF/88, devendo-se promover o bem de todos. Considera-se o pluralismo como um valor, onde a liberdade para o exercício da sexualidade é um direito fundamental, expressão da autonomia de vontade. Além disso a Carta Magna de 1988 não faz qualquer referência à utilização do sexo para proibição jurídica, onde interpretam, portanto, que está permitido.

Outro ponto de debate é a interpretação do art. 226 da CF/88, que por sua vez “ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa”, entendendo que família não possui nenhum significado ortodoxo. Nesse sentido, elogiam o pluralismo social, cultural e político, compreendendo pela necessidade de uma interpretação não-reducionista do conceito de família, prezando pela isonomia entre “casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família”. (BRASIL, 2011, p. 613).

Os/as ministros/as em interpretação do parágrafo 3º do artigo 226 da CF/88 compreendem que a referência dual homem/mulher se refere “a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros” (BRASIL, 2011, p. 613), prezando pela horizontalidade no âmbito das sociedades domésticas, sobretudo para especial proteção das mulheres. Assim sendo, a “Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo”, bem como inexistente “direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos”. Contra o argumento de criação de novos direitos que seria atribuição do legislativo, o acórdão manifesta que se aplica o §2º do art. 5º da CF/88 tendo em vista que os direitos e garantias não necessariamente listados no texto constitucional emergem do regime e dos princípios por ela adotados, *in verbis*, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 2011, p. 614).

Considerando os argumentos acima, “Os ministros desta Casa de Justiça, ainda por votação unânime, acordam em julgar procedentes as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, com as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva [...]” (BRASIL, 2011, p. 615). A respeito do tema e seus desdobramentos, no mês de outubro do mesmo ano, em julgamento do Recurso Especial (REsp) 1.183.378/RS, o Superior Tribunal de Justiça admitiu o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A ação foi movida por duas mulheres alegando que se relacionavam estavelmente há 3 anos, e que, portanto, pleiteavam habilitação para casamento, pedido este que foi negado por dois cartórios em Porto Alegre/RS.

Por fim, no ano de 2013, seguindo a cronologia, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução 175 que tem a finalidade de obrigar os cartórios a registrarem o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. Após quase 2 anos do julgamento no Supremo Tribunal Federal, o CNJ precisou editar a resolução em questão, dispondo sobre habilitação, celebração do casamento civil, conversão da união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo, tendo em vista algumas denúncias que mesmo após as históricas decisões, cartórios ainda se recusavam a registrar devidamente as uniões homossexuais. Assim sendo, ratifica a resolução:

Art. 1º 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. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis.

Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2013)

Quanto à ADI 4.277, julgada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, os argumentos utilizados pelo STF à luz da legislação, princípios e entendimentos já existentes no campo do direito é assertiva. Os direitos fundamentais utilizados como dignidade da pessoa humana, autonomia de vontade, não discriminação e igualdade expressam de forma genuína os direitos daqueles/as que buscam o direito ao matrimônio igualitário. O reconhecimento da pluralidade social, que por sua vez também o é no campo da família e entendimento não-reducionista denotam que o judiciário parece mais próximo da realidade latente que o legislativo, que a priori, deveria promover uma reforma do direito de família para uma perspectiva ampliada.

Nota-se a necessidade de utilização dos termos “heteroafetivos” e “homoafetivos” na decisão denota uma preocupação eufêmica em pensar o exercício da sexualidade dentro do campo da afetividade, ou seja, uma necessidade de retirar ou abrandar a conotação sexual dos termos

“homossexualidade” e “heterossexualidade”. Além disso, o binômio hetero-homo são aqui mais uma vez reiterados como únicos campos possíveis de inteligibilidade da sexualidade, excluindo e invisibilizando todo vasto campo de possibilidades de exercer o desejo.

2 DIREITOS LGBTI NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH)

A partida para pensar direitos relacionados à sexualidade nos instrumentos internacionais de direitos humanos vem da noção de direitos reprodutivos. Em 1968, em Teerã, se reconheceu os direitos humanos da mulher e decidiu-se pela necessidade de promoção desses direitos. Houveram algumas ações por parte da Organização das Nações Unidas (ONU) neste espaço de tempo até 1993 onde a Conferência Mundial de Direitos Humanos declarou os direitos das mulheres inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos (RIOS, 2006)

Em 1994 na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento afirmaram-se os direitos reprodutivos enquanto direitos humanos, incluindo o direito à livre escolha e responsável do número de filhos. Em 1995 na Quarta Conferência Mundial da Mulher reiterou-se a do ano anterior ocorrida em Cairo, reforçando a devida proteção aos direitos sexuais, à saúde, à integridade, proteção contra violência, igualdade e não-discriminação, dentre outros, como inerentes aos direitos reprodutivos. Na América Latina, destaque para Convenção de Belém do Pará em 1994 que buscou debater a violência contra mulher em espaços privados (doméstico) e público (estatal). (RIOS, 2006).

Visto isso, percebe-se, portanto, que a ideia dos direitos sexuais surge num contexto de debate dos direitos reprodutivos, assim, relacionados à mulher. Por isso, muitas vezes direitos sexuais e reprodutivos são relacionados às mulheres como experiência vivida apenas por esse marcador da diferença. A exemplo disso, cabe destacar o surgimento dos Princípios de Yogyakarta (2007), que conforme Sonia Corrêa (2009, p. 29),

[...] não são uma declaração de aspirações ou carta de reivindicação de direitos. O documento compila e reinterpreta as definições de direitos humanos fundamentais consagradas em tratados, convenções, resoluções e outros textos internacionais sobre os direitos humanos, no sentido de aplica-los a situações de discriminação, estigma e violência experimentadas por pessoas e grupos em razão de sua orientação sexual e identidade de gênero. Basta aplicar os princípios gerais da lei internacional existente que já foi debatida, adotada e ratificada pela maioria dos países membros da ONU.

Este documento foi produzido em 2006 numa reunião que ocorre na cidade Yogyakarta onde estavam presentes 25 países, entre eles o Brasil representado pela autora Sônia Corrêa, onde decidiram adotar de imediato a aplicação dos Princípios de Yogyakarta sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à diversidade sexual e de gênero. Os princípios possuem caráter não vinculante, assim “não implicam obrigações legais por parte dos Estados” (CORRÊA, 2009, p. 33).

Nagamine (2019) identifica que no plano Onusiano, no ano de 2008 com França e Holanda na dianteira, propuseram-se a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, todavia, restou infrutífera. No âmbito da OEA, existiram alguns esforços a fim de legitimar os direitos decorrentes das identidades sexuais no ordenamento internacional. Destaca a autora a negociação da Convenção sobre Toda Forma de Discriminação e Intolerância no ano de 2005 onde o Brasil desempenhou papel protagonista, a aprovação da Resolução 2435, sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero no ano de 2008 que também fora apoiada pelo Brasil e aprovada na Assembleia Geral da OEA. Em âmbito interamericano não houve propositura de um instrumento internacional sobre direitos LGBTI especificamente.

A resolução nº 2.435 de 2008, Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada pela Assembleia Geral da OEA se preocupava com as violações dos direitos humanos em decorrência da orientação sexual e identidade de gênero. A partir dessa resolução, anualmente se edita esse documento com fins a erradicar a violência homofóbica. No ano de 2009, aprovaram-se a Resolução nº 2.504, que tomando a anterior como paradigma, reafirma necessidade de se combater as violações de direitos da comunidade LGBTI, condenando essa violência e recomendando aos Estados-membros que investigue e responsabilize aqueles que violarem os direitos considerando a sexualidade e o gênero da pessoa violada (VECCHIATTI; VIANA, 2014).

Em 2010, a Resolução nº 2.600 na esteira de recomendação das anteriores, acrescenta a necessidade dos Estados-membros em aderirem medidas para enfrentar a discriminação LGBTI, por exemplo. Caminhando nesse mesmo sentido, com novas recomendações, vieram as Resoluções 2.721 de 2012 e a 2.807 de 2013. Em 2011 se criou a Unidade para os Direitos das pessoas LGBTI, consolidando a institucionalização em 2013 com a criação da Relatoria sobre Direitos das Pessoas LGBTI que passou a funcionar em 2014 tendo em vista o fortalecimento do trabalho da Corte IDH na promoção e proteção dos direitos humanos LGBTI (VECCHIATTI; VIANA, 2014).

Do ponto de vista dos instrumentos internacionais, no contexto latino-americano têm-se aprovação da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância em 05 de junho de 2013. Conforme Vecchiatti e Viana (2014, p. 13), “trata-se do primeiro documento internacional juridicamente vinculante que, de forma expressa, condena a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero”. A Convenção fora assinada por Argentina, Brasil, Uruguai e Equador. Ainda não conta com número de instrumentos de ratificação ou adesão. Vecchiatti e Viana (2014) compreendem que apesar da situação em que se encontra, essa Convenção carrega um caráter simbólico dada a invisibilidade histórica acerca do tema. Todavia, compreendendo as resistências aos direitos LGBTI globo afora, aponta a necessidade de ser assinada pelos Estados-parte na Convenção Americana de Direitos Humanos e ainda serve como instrumento basilar para pensar um instrumento de proteção específico à comunidade LGBTI.

Após recuperar o percurso dos instrumentos internacionais tanto em nível global (ONU) e regional (OEA), cabe discutir o plano do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Cançado Trindade (1999) identifica que a base normativa da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) de 1969 tem origens na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948. A entrada em vigor do Pacto de São Jose da Costa Rica (a CADH) em 1978 evidencia a institucionalização do sistema interamericano de proteção.

A CADH não substitui as jurisdições nacionais, podendo ser acionada em falta de amparo no direito doméstico e prevê o estabelecimento de dois órgãos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, formando o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A Comissão é marcada por sua dualidade funcional, uma no âmbito da OEA tem a finalidade de aplicar as normas da CADH aos Estados-partes promovendo respeito aos Direitos Humanos na América, enquanto que a outra se refere a competência processual para receber denúncias ou queixas de violações do Pacto de São José, podendo submeter os casos à Corte Interamericana (TRINDADE, 1999; PEREIRA, 2009).

O órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, competente para julgar as violações dos direitos humanos, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nascida em 1978 e inaugurando seu funcionamento em 1982, a Corte IDH possui dois tipos de competência para julgamento dos Estados-membros da OEA que ratificaram a CADH. A competência consultiva, automática quando se assina o Pacto de São José, interpreta os dispositivos da CADH e outros tratados do contexto americano. A competência contenciosa, que é facultativa devendo ser expressamente aceita pelo Estado-parte, julga os casos submetidos pela Comissão daqueles países que reconhecem esta competência. Insta ressaltar que a Corte não faz recomendações,

sendo suas sentenças condenatórias definitivas e inapeláveis, ou seja, obrigatórias e vinculativas, incorrendo em nova violação caso não cumpridas as determinações (*TRINDADE, 1999; PEREIRA, 2009*).

Quanto as opiniões consultivas, em fins de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu a Opinião Consultiva OC 24/17, solicitada pela República de Costa Rica. Esta OC se refere as obrigações do Estado em relação à identidade de gênero, igualdade e a não-discriminação de casais do mesmo sexo. Em 18 de maio de 2016, a Costa Rica solicitou uma opinião consultiva a respeito da interpretação e alcance dos artigos 11.2, 18 e 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação ao artigo 1 do mesmo instrumento⁶. Deste modo, segundo o documento, a Costa Rica solicita que o Tribunal se pronuncie sobre

a. "A proteção conferida pelos artigos 11.2, 18 e 24 em relação ao artigo 1 da CADH ao reconhecimento da mudança de nome de pessoas, de acordo com a identidade de gênero de cada um".

b. "A compatibilidade da prática que consiste em aplicar o artigo 54 do Código Civil da República da Costa Rica, Lei nº 63, de 28 de setembro de 1887, às pessoas que desejam optar por uma mudança de nome a partir de sua identidade de gênero, com os artigos 11.2, 18 e 24, em relação ao artigo 1 da Convenção".

c. A proteção prevista nos artigos 11.2 e 24, em relação ao artigo 1 da CADH, ao reconhecimento de direitos econômicos derivados de vínculo entre pessoas do mesmo sexo". (CIDH, 2017, p. 3 e 4, tradução nossa)

Nesse sentido, o Estado solicitante assinala que o reconhecimento de direitos LGBTI se caracterizou diferentemente entre os Estados membros do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde alguns países reconhecem plenamente os direitos desse grupo enquanto outros ainda possuem leis proibitivas contra expressões e experiências que contrariam a ordem heteronormativa – que por sua vez estabelece a heterossexualidade como única forma de exercício da sexualidade saudável. Acrescentam ainda que surgem desafios sobre conteúdos de proibição de discriminação motivadas pela orientação sexual ou identidade de gênero. Levando isso em consideração, a Costa Rica compreende que uma interpretação da Corte Interamericana sobre as normas mencionadas seria de fundamental contribuição para os países do Sistema

⁶O art. 11.2 se refere a proteção à honra e dignidade, o art. 18 versa sobre o direito ao nome, o art. 24 faz menção à igualdade perante a lei sem discriminação e igual proteção, e por fim, o art. 1 preceitua a obrigação dos Estados em respeitar os direitos.

Interamericano de Direitos Humanos, tendo em vista que iriam adaptar suas legislações nacionais para os padrões interamericanos.

Grosso modo, a decisão da Corte foi no sentido de ampliação desses direitos à população LGBTI, apontando a necessidade dos sistemas legais existente nos Estados se moldarem para assegurar a proteção de todas pessoas, se referindo à identidade de gênero que as pessoas Trans se identificam e se sentem representadas, bem como dos direitos decorrentes das famílias formadas por casais do mesmo sexo dados os direitos econômicos derivados da relação. Essa decisão da CIDH contribui para o fortalecimento do movimento LGBTI latino-americano na busca pelo reconhecimento de direitos civis, por hora, bem como fortaleceu um cenário de ampliação desses direitos inaugurados pela Argentina no ano de 2010 quando se aprovou a legislação do matrimônio igualitário.

Em consequência, a Corte IDH na Opinião Consultiva 24 de 2017, reconhece o direito à identidade de gênero apontando as necessidades de alterações jurídicas dos Estados e em relação ao direito de família, a Corte IDH entendeu que o artigo 17.2 da Convenção Americana ao mencionar o direito do homem e da mulher ao contrair casamento e fundarem família não estaria a Convenção Americana protegendo essa única forma de família, bem como assenta que os arranjos familiares não estão limitadas a ideia matrimonial tradicional entre homem, mulher e filhos. Por fim, entende a obrigação internacional dos Estado proteger não só os direitos patrimoniais da homoconjugalidade, mas todos direitos na ordem interna e internacionais que regularem os vínculos familiares de casais heterossexuais.

No âmbito da competência contenciosa, a Corte IDH já decidiu alguns casos relacionados à questão da orientação sexual e discriminação, inclusive os cita durante a Opinião Consultiva 24/17 como fontes do controle de convencionalidade. Rios (et al., 2017, p. 1548) identificou que

No que tange aos direitos humanos das pessoas LGBTTI, até o mês de janeiro de 2017, foram analisados pela Relatoria LGBTTI da CIDH 11 (onze) casos envolvendo violação de direitos humanos a este grupo protegido. Destes, 7 (sete) foram admitidos³, dentre os quais 3 (três) foram enviados à Corte; 3 (três) não foram admitidos em razão do não cumprimento de requisitos formais, como o não esgotamento da via interna⁵; e 1 (um) resultou em solução amigável.

Entre os casos admitidos pela Comissão Interamericana e submetidos à Corte IDH, o caso *Atala e Filhas vs. Chile* fora recebido em 2004 e encaminhado para julgamento pela Corte em 2010, após não cumprimento satisfatório das recomendações da Comissão. O caso se referia a um processo de guarda de suas filhas onde fora tratada com discriminação por orientação sexual

indevidamente, considerando que estaria comprometendo o desenvolvimento saudável de suas filhas dado que Atala se relaciona com mulher. A sentença definitiva da Suprema Corte do Chile “concedeu a guarda definitiva das crianças, entendendo que se encontravam em risco com a mãe, pois sua realidade família excepcional se diferenciava sobremaneira da realidade de seus colegas de colégio, o que lhes exporia e lhes colocaria em condição de isolamento” (RIOS et al., 2017, p. 1558).

A respeito ainda do processo disciplinar contra Atala, entende a Corte que viola o direito à igualdade e anti-discriminação dado que a orientação sexual não pode ser motivo para instaurar um processo investigativo. A Corte entendeu que ao se utilizar de entendimentos inconventionais, violou direitos à igualdade, não discriminação, vida privada, igualdade entre cônjuges e direitos das crianças, determinando, portanto, medidas reparatórias. Ressalte-se aqui que a questão submetida à Corte IDH se refere ainda aos direitos de família, demonstrando a insegurança jurídica que marca as relações não-heterossexuais em contextos discriminatórios e de “abandono” jurídico e protetivo.

Outro caso submetido à Corte IDH é o *Ángel A. Duque vs. Colômbia*, que também envolvendo direitos decorrentes das uniões familiares, tratava sobre a pensão por morte de companheiro que fora negada em razão da orientação sexual. Isso impossibilitou o tratamento de HIV cujo custeamento de medicamentos dependia economicamente de seu companheiro. O caso foi apresentado à Comissão em 2005, sendo analisado em 2014, concluindo que houve violação da igualdade, não discriminação, integridade pessoal, além das garantias judiciais e proteção judicial. A Colômbia não cumprindo as recomendações provocou a Comissão a submeter o caso à competência contenciosa da Corte IDH, ainda em 2014.

Apreciando o caso, a Corte IDH aponta que não houve uma explicação razoável sobre a necessidade inarredável de diferenciar no âmbito da previdência social que apenas casais heterossexuais poderiam forma uma união marital, incorrendo em tratamento discriminatório inconventional tendo em vista que entre as categorias protegidas pelo art. 1.1 da Convenção Americana incluem a identidade de gênero e orientação sexual. Em relação aos direitos às garantias e proteção judiciais, abordando a violação pela inexistência de recurso efetivo apto a reclamar pensão por morte como trata o art. 25, mas que, todavia, não há elementos que provem atuação de autoridades jurídicas violando à proteção judicial do art. 25.1. A Corte também aponta que não houve violação do art. 8.1 da Convenção dado que as decisões não se apoiaram em percepções estereotipadas, mas sim com base nas normas colombianas que regulam a questão. Também não houve violação do direito à vida e integridade pessoal dado que o Sr. Duque não teria proteção de maior qualidade no regime contributivo, caso tivesse recebido a pensão. Por fim,

a Corte IDH coloca que deve ser reparado o direito à igualdade, sentenciando que se deve pagar a indenização de danos morais ao Sr. Duque, bem como garantir o tramite prioritário na solicitação de pensão por morte (RIOS et al., 2017).

O caso Homero Flor Freire vs. Equador também fora submetido à competência contenciosa da Corte IDH tendo em vista a denúncia sobre o Equador ter dado baixa do serviço militar de Homero Freire que incorreu em falta disciplinar sob a acusação de praticado atos sexuais dentro de um estabelecimento militar e alegada homossexualidade. Nesse sentido, o autor da petição afirma que teve sua honra e vida privada violadas resultando em divórcio e efeitos profissionais com a perda do trabalho, estigma e dificuldade de reinserção no mercado de trabalho. Nesse sentido, apresentado o caso à Comissão, esta procedeu considerando que apesar de o Equador ter alterado o regramento da disciplina militar, Homero não teve sua baixa anulada entendendo que se violou os direitos à igualdade perante à lei, não discriminação e os direitos às garantias e proteções judiciais (tendo em vista a investigação sumária que concluiu pela baixa do Sr. Homero).

As recomendações da Comissão Interamericana não foram satisfeitas, levando esta a submeter o caso à Corte em 2014. Assim, o Equador foi condenado sendo declarado responsável pela violação do direito à igualdade perante a lei e proibição de discriminação, direito à honra e à dignidade e garantia de imparcialidade, conforme Convenção Americana. Destaque para argumentação da Corte que as diferenças presentes em regulamentos disciplinares que tomam a orientação sexual como categoria de discriminação incorrem em violação da Convenção Americana, especificamente o art. 1.1. Acrescenta ainda que o propósito de preservar a disciplina militar como imposição de restrições às relações sexuais nas instalações militares poderia ser razoável, todavia, a ausência de justificativa adequada para a maior severidade da sanção atribuída a atos homossexuais cria uma presunção sobre a natureza discriminatória dessa medida (CORTE IDH, 2016).

3 APROXIMANDO O FOCO E ANALISANDO AS CORRELAÇÕES ENTRE A DECISÃO BRASILEIRA E O SIDH

Nesta seção busca-se estabelecer as possíveis comparações entre o contexto brasileiro e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Conforme anteriormente mencionado, não há instrumento jurídico protetivo específico para a população LGBTI em ambos contextos e identifica ainda as dificuldades na arena política interna ou internacional de travar discussões e tentativas de aprovação de instrumentos jurídicos protetivos que afetem a ordem da moralidade pública, individual ou coletiva.

Rifiotis (2013, p. 137) aponta que os direitos humanos estão cada vez mais centrados no direito e têm produzido efeitos diversos daqueles que as lutas por reconhecimento objetivam por gerar um campo de normatividade dos direitos humanos, onde a expressão sujeito de direitos evidencia essa dimensão vivencial da normatividade. “Direitos humanos não são uma nova ortopedia social, mas um roteiro de vivências de dilemas, tensões, conflitos diante da igualdade e diferença no mundo contemporâneo”. Além disso, o alcance e efetividade dos direitos humanos dependem da apropriação dos sujeitos de direitos. Nesse mesmo sentido, Butler (2003, p. 240) compreende que o controle hegemônico sobre normas de reconhecimento é monopolizado pelo Estado, e no contexto do direito de família, se tornar reconhecível dentro das normas existentes “é deslocar o espaço de deslegitimação de uma parte da comunidade gay para outra, ou, mais ainda, é transformar uma deslegitimação coletiva em uma deslegitimação seletiva”.

Acontece que em contrapartida, tendo em vista que o contexto latino-americano é marcado pelas desigualdades de inúmeras ordens, a busca por reconhecimento em grande medida é uma busca por acesso aos direitos e bens sociais, o que torna ainda mais complexo o contexto das lutas por reconhecimento. No caso dos direitos LGBT e a questão do direito de família, “a formação de sentidos e práticas familiares nos modos de vida de homossexuais é parte um complexo processos social e cultural” (VESPUCCI, 2014, p. 38, tradução nossa)⁷. Assim sendo, é compreensível em alguma medida o desejo em se tornar norma. Portanto, a questão do casamento deve também ser compreendida em termos de cidadania homossexual e direitos humanos, onde, historicamente, a sociedade tem uma dívida com os grupos minoritários sexuais por negar-lhes direitos e legitimidade.

A questão em torno dos direitos civis, inclusos de família, direitos individuais de caráter negativo ao Estado, podem ser considerados aqueles direitos fundamentais de primeira geração. Apesar de serem direitos históricos e com certa consolidação, alguns grupos vulneráveis ainda estão lutando para alcança-los ainda no século XXI. Tomando o pós-guerras como marco, além dos movimentos sociais pautados nos marcadores sociais da diferença ganharem maiores forças e visibilidades, o tema da jurisdição constitucional adquire magnitude no Estado Democrático de Direito, e em âmbito internacional os Tribunais Internacionais. (LEAL, 2014, p. 136).

Em âmbito internacional esse processo advém da criação de organizações e tratados gerando uma ordem supranacional, onde “de um pacto associativo, o Direito Internacional se transforma em um pacto de sujeição, que equivale a um verdadeiro contrato social internacional, por meio do

⁷ “[...] la formación de sentidos y prácticas familiares en los modos de vida homosexuales es parte de un complejo proceso social y cultural” (VESPUCCI, 2014, p. 38).

qual o Direito Internacional se modifica estruturalmente, passando [...] a um verdadeiro ordenamento jurídico supraestatal” (LEAL, 2014, p. 133). Assim, o fenômeno da judicialização ganha força, de modo que cabe explicar que a:

Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2012, p. 2178).

Nesse sentido, a judicialização é um desdobramento decorrente do desenho institucional adotado nas democracias ocidentais e inclui acesso à justiça, estabelecimento constitucional de direitos fundamentais e existência de Supremas Cortes. Na esfera internacional, esse fenômeno ganha força tendo em vista a proteção dos direitos humanos com a o surgimento de Cortes/Tribunais Internacionais, ao passo que no:

[...] padrão de intervencionismo judiciário que o fenômeno capta por vezes pode se assentar em um entendimento ampliado do controle da legalidade que inclui “a reconstitucionalização do direito ordinário como meio de fundar um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos” (Santos et al., 1996, p. 20), o que parece ser o caso do Brasil. (AVRITZER; MARONA, 2014, p. 84)

Associando, assim, o contexto das desigualdades latino-americanas somadas a apropriação dos direitos pelos sujeitos, a expansão da jurisdição constitucional e também a internacionalização dos direitos humanos, considerando ainda a ineficiência ou até mesmo inexistência de políticas públicas do Executivo e inércia legislativa, o Poder Judiciário têm se colocado como uma estratégia daqueles que buscam acessar direitos sociais, bem como aqueles que buscam alterar os sentidos morais e conservadores dos ordenamentos jurídicos, como os direitos das mulheres e LGBT (LEAL; OLIVEIRA, 2020; OLIVEIRA, 2020; IRINEU et al. 2019).

Avritzer e Marona (2014, p. 88) notam que o Brasil tem ampliado direitos por meio de decisões judiciais em casos dos direitos indígenas, ações afirmativas e direitos LGBTI, mas que todavia

[...] o processo de judicialização também implicou a apropriação de fortes prerrogativas soberanas do Congresso em ações que definiram a derrubada da cláusula de barreira, a fidelidade partidária e, mais recentemente, regras da competição eleitoral. Algumas dessas ações ajudaram a organizar o sistema político ao passo que outras contribuíram

para a continuidade da sua desorganização. Entretanto, independentemente do mérito dessas ações, elas implicaram fortes desequilíbrios entre os poderes, que podem afetar a democracia brasileira em um futuro próximo.

Aguinsky e Alencastro (2006, p. 25) compreendem que essa tendência em transferir para o judiciário a responsabilidade por atendimento de demandas populares judicializadas em regra individualmente “ao invés de fortalecer a perspectiva de garantia de direitos positivados, pode contribuir para a desresponsabilização do Estado, sobretudo dos Poderes Legislativo e Executivo, com a efetivação destes direitos, através das políticas públicas”.

Considerando essa realidade, a judicialização enquanto um fenômeno da expansão da jurisdição constitucional e também convencional, os movimentos organizados LGBTI se apropriando dos direitos engrenam no Poder Judiciário a fim de conquistarem direitos negados. Em âmbito doméstico, o Brasil através do Supremo Tribunal Federal (2011) e a Colômbia através da Corte Constitucional da Colômbia (2016), e em âmbito internacional local, com a definitiva posição da Opinião Consultiva 24 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017), demonstram o fenômeno da judicialização enquanto ferramenta para conquista dos direitos da população LGBTI.

Outro ponto que aproxima os contextos é a busca do direito de família para além dos dispositivos de ordem apenas civil (OLIVEIRA, 2020). Acontece que para além do desejo pela constituição de família socialmente construído e amplamente difundido, “o matrimônio, mais que um direito em si mesmo, constitui histórica e atualmente um vetor de acesso a outros bens sociais” (HILLER, 2012, p. 95, tradução nossa⁸), evidenciando a força ideológica da cultura conjugal, onde “historicamente, a solidão operou com status marginalizado enquanto que casais heterossexuais ocupam posição privilegiada, posição que confere aos seus habitantes uma gama de recompensas sociais, econômicas e simbólicas” (BUDGEON, 2008, p. 301, tradução nossa⁹). Somando a esse fator, têm-se na América Latina um contexto constituído sob o prisma das assimetrias de poder e acesso aos bens sociais, onde as redemocratizações carregam mais um ar de liberdade e poder decisório através de voto, é marcado pela necessidade de combate das desigualdades de diversas naturezas, busca por igualdades formais e materiais, jurídicas, sociais, econômicas, culturais e política.

⁸ “[...] el matrimonio, más que un derecho en sí mismo, constituye histórica y actualmente un vector de acceso a otros bienes sociales” (HILLER, 2012, p. 95).

⁹ “Historically singleness has operated as a marginalized status while heterosexual couples have occupied a privileged position that confers upon its inhabitants a range of social, economic and symbolic rewards” (BUDGEON, 2008, p. 301).

No ano 2000, antes da ADI 4.277 (2011) e após a primeira propositura legislativa a fim de reconhecer a união civil de casais homossexuais (1995), houve a judicialização através de Ação Civil Pública proposta em desfavor do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) que objetivou a consideração de companheiros/as homossexuais como dependentes preferenciais na mesma classe dos heterossexuais conforme o art. 16, I, da lei 8.213 de 1991, para fins de conceder benefícios previdenciários, deferindo os de pensão por morte e auxílio-reclusão a eles relacionados, bem como possibilitar inscrição desses companheiros/as como dependentes, inclusive em casos de segurado empregado ou trabalhador avulso. O INSS perdeu em todas instâncias, tendo o STJ finalizado a questão votando unânime pela condenação.

No Contexto do Sistema Interamericano não é diferente tendo em vista que a Opinião Consultiva 24 de 2017, no que trata a respeito da não-discriminação de casais do mesmo sexo buscava compreender se a Convenção Americana de Direitos Humanos contempla em sua proteção a obrigação dos Estados em reconhecer os direitos patrimoniais que derivam das relações conjugais. Não obstante, um dos três casos julgados na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso Duque vs. Colômbia, tratava da exclusão do Sr. Duque da possibilidade de obter a pensão por morte de seu companheiro falecido em razão do vínculo ser constituído por casal do mesmo sexo. Ambas realidades evidenciam a realidade perversa da desigualdade latino-americana, tanto em relação às discriminações em decorrência dos marcadores sociais da diferença, quanto em relação a disparidade econômica entre as pessoas na América Latina.

Outra familiaridade – para usar um termo a respeito do tema –, entre os contextos se dá sobre as linhas argumentativas jurídico-legais, tendo em vista as fundamentações. Ambos Tribunais (STF e Corte IDH) assentam suas sentenças em princípios como dignidade da pessoa humana, igualdade, não-discriminação, liberdade, e por fim as variações e desdobramentos destes. A questão é que as normas de princípios garantidores de direitos fundamentais e humanos contidas tanto em textos constitucionais, como as tratativas internacionais sobre direitos humanos, são abertas e demandam atividades interpretativas que não contam com standards definidos e ainda conta com influência das variáveis espaço-tempo (LEAL, 2014).

Há ainda uma conexão em razão da divergência se a homoconjugalidade cria novas figuras jurídicas sobre a conjugalidade ou se apenas se adapta às figuras já existentes. No Supremo Tribunal Federal, três ministros afinaram entendimento no sentido de a união entre parceiros do mesmo sexo cria uma nova modalidade de entidade familiar, não se enquadrando nas espécies existentes no texto constitucional. A Corte IDH, por sua vez, entendeu não necessária a criação de novas categorias jurídicas a respeito da conjugalidade, devendo os Estado ampliar as figuras existentes em seus ordenamentos para a homoconjugalidade, todavia, demonstrou a Corte certo receio que a criação de novas modalidades poderia gerar efeitos estigmatizantes.

Em uma perspectiva de crítica *queer*, Rios (2007, p. 109) questiona: “adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo?”. A adaptação seria uma “naturalização do modelo de família heterossexual pequeno-burguês, procedendo a uma domesticação “heterossexista” de todas as formas de sexualidade diversas desse modelo” (RIOS, 2007, p. 126), enquanto que transformação viria “a cumprir a função de transformação, pelo acréscimo de novas alternativas e fundamentos, ao conhecimento e à prática do direito de família” (RIOS, 2007, p. 127). Nesse sentido, vale afirmar que não se revolucionou o direito de família mas sim o adaptaram. A família é reiterada como único lugar saudável do exercício do prazer, colocando os casais homossexuais com relações duradouras e monogâmicas com fins de formar família próximo ao legítimo “bom sexo”, como Rubin (2012) nomeia.

Por fim, resta que a hipótese se confirma, dado que a judicialização dos direitos LGBTI frente ao Poder Judiciário brasileiro ou ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos se coloca enquanto uma estratégia dos ativismos chamando-os esses órgãos a se manifestar sobre o tema, visto que as tentativas de aprovação de legislação ou instrumento internacional no âmbito da OEA restaram infrutíferas dada as moralidades e resistências que o tema enfrenta na política majoritária nacional e internacional.

REFERÊNCIAS

AGUINSKY, Beatriz Gershenson; ALENCASTRO, Ecleria Huff de. Judicialização da questão social: rebatimentos nos processos de trabalho dos assistentes sociais no Poder Judiciário. **Rev. katálysis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 19-26, June 2006. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802006000100002&lng=en&nrm=iso>. access on 22 July 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-49802006000100002>.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº15. Brasília, setembro - dezembro de 2014, pp. 69-94. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-335220141504>

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **(SYN) THESIS**, 2012, v. 5, n. 1. ISSN 2358-4130. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em 16 jan. 2019.

BAUER, Martin W.; GASKELL, George (ed.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático I**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002.

BUDGEON, Shelley. Couple Culture and the Production of Singleness. Revista **Sexualities**, 2008, vol. 11, n.º 3, pp. 301-325. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1363460708089422#articleCitationDownloadContainer>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

BUTLER, Judith. O parentesco é sempre tido como heterossexual? **Cadernos Pagu**, 21, p. 219-260, 2003.

CORRÊA, Sônia. O Percurso Global dos Direitos Sexuais: entre "margens" e "centros". **Bagoas: Estudos Gays, Gêneros e Sexualidades**, Natal/RN, n. 4, p. 17-42, jan./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v03n04bagoas04.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **OPINIÓN CONSULTIVA OC-24/17 DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017 SOLICITADA POR LA REPÚBLICA DE COSTA RICA: IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO**. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

HILLER, Renata. Regulaciones estatales de la conyugalidad: Apuntes sobre Estado, matrimonio y heteronormatividad. In: JONES, D.; FIGARI, C.; LÓPEZ, S. B. **La producción de la sexualidad: políticas y regulaciones sexuales en Argentina**. 1ª ed. Buenos Aires: Biblos, 2012.

IRINEU, B. A.; OLIVEIRA, B. A. Um balanço das políticas públicas de trabalho, emprego e renda para população LGBT no Brasil e na Argentina (2004-2014). **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ano 8, n.º 16, Jul./Dez. 2020. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia>>. Acesso em: 05 dez. 2020.

IRINEU, Bruna Andrade et al. “O samba começou e fez convite ao tango para parceiro”? A arena LGBTI em tempos de ofensiva neoliberal e “cruzada antigênero” no Brasil e na Argentina. **Humanidades & Inovação**, v. 6, n. 17, p. 255-270, 2019.

IRINEU, Bruna Andrade. Gênero, sexualidade e violência na América Latina: expulsões, dependência e insurgências sob os limites da necropolítica. **Revista Gênero**, v.20, n.2, pp.07-13. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/44566/25621>>. Acesso em 20 nov. 2020.

IRINEU, Bruna Andrade. **Nas tramas da política pública LGBT**: um estudo crítico da experiência brasileira (2003-2015). EdUFMT: Cuiabá, 2019.

LEAL, Carla Reita Faria; OLIVEIRA, Brendhon Andrade. O direito à identidade de gênero e políticas públicas de trabalho: pela garantia do mínimo existencial para a população trans no Brasil. **Revista BEJ**, v. 15, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://direito.fasa.edu.br/?/revista-bej/#7>>. Acesso em: 15 de maio de 2020.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Rev. Investig. Const.**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, Sept. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2359-56392014000300123&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 dez. 2020.

NAGAMINE, Renata Reverendo Vidal Kawano. Os direitos de pessoas LGBT na ONU (2000-2016). **Sex., Salud Soc. (Rio J.)**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 28-56, Abril, 2019. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1984-64872019000100028&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2019.31.03.a>.

OLIVEIRA, Brendhon Andrade. A cultura conjugal, familismo jurídico e judicialização de direitos LGBTI no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos da Homocultura**, v. 3, n. 10, p. 07-34, 2020. <http://dx.doi.org/10.31560/2595-3206.2020.10.11117>

PEREIRA, Antônio Celso Alves. **Apontamentos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos**. 2009. Disponível em: https://nidh.com.br/wp-content/uploads/2018/08/Antonio-celso-corte-idh-Revista45_87.pdf. Acesso em: 01 jun. 2019

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. 2007. Disponível em: <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 11 set. 2018.

RIFIOTIS, T. Judicialização dos direitos humanos, lutas por reconhecimento e políticas públicas no Brasil: configurações de sujeito. **Revista de Antropologia**, v. 57, n. 1, p. 119-144, 11 nov. 2014.

RIOS, R. R. Uniões homossexuais: adaptar-se ao direito de família ou transformá-lo? Por uma nova modalidade de comunidade familiar. In: GROSSI, M. P.; UZIEL, A. P.; MELLO, L. **Conjugualidades, parentalidades e identidades lésbicas, gays e travestis**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

RIOS, Roger Raupp et al. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, Jun. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201545&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.28033>.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 12, n. 26, p. 71-100, Dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 set. 2018.

RUBIN, Gayle. **Pensando o sexo**: Notas para uma teoria radical da política da sexualidade. 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1582>. Acesso em: 08 jan. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 – RS (2010/0036663-8)**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21285514/recurso-especial-resp-1183378-rs-2010-0036663-8-stj/inteiro-teor-21285515>. Acesso em: 08 jan. 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.277 DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 08 jan. 2018

TRINDADE, Caçado. **O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção**. 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/API/article/view/3513>. Acesso em: 01 jun. 2019

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti; VIANA, Thiago Gomes. **LGBTI E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A construção da cidadania internacional arco-íris.** In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I. Florianópolis, 2014. p. 322 - 361.

VESPUCCI, G. Una fórmula deseable: el discurso “somos familias” como símbolo hegemónico de las reivindicaciones gay-lésbicas. **Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad** [online]. 2014, n. 17, pp. 30-65. ISSN 1984-6487. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sess/n17/1984-6487-sess-17-0030.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2018.

OS CAMINHOS BIOÉTICOS, JURÍDICOS E FILOSÓFICOS DA DISCUSSÃO SOBRE A CLONAGEM HUMANA

THE BIOETHICAL, LEGAL AND PHILOSOPHICAL WAYS OF DISCUSSION ON HUMAN CLONING

Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann¹

Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha²

RESUMO: Apresenta uma análise crítico-reflexiva do fenômeno biotecnológico da clonagem, notadamente, da clonagem humana, a partir das seguintes indagações: O direito deve adotar uma visão repressora, proibindo a clonagem em suas modalidades? A matéria deveria ser regulada em nível constitucional? O objetivo primeiro é demonstrar a insuficiência e a ineficácia de uma abordagem unidirecional sobre a questão em face das complexidades múltiplas que a envolvem, tanto sociais quanto bioéticas, filosóficas, jurídicas, psicológicas e médicas. O objetivo secundário é apresentar uma via teórico-pragmática para as questões decorrentes desses múltiplos olhares, a partir de um enfoque abrangente e próximo da realidade da vida humana. Adota-se o referencial teórico bioético principialista, fulcrado em T.BEAUCHAMP e J. CHILDRESS com indicadores teóricos de enfoques que respaldam os objetivos pretendidos, com algum suporte na obra de DWORKIN. Conclui-se com a ideia de que uma nova realidade que importe vida com qualidade de vida ao ser humano deve ser desejada e possibilitada, a partir do olhar prático e realista do enfoque de um novo paradigma para o futuro, na medida em que se faz imprescindível na promoção da realização da vida digna para todos os seres que habitam o planeta, com limites éticos e respeito à dignidade da pessoa humana. Classifica-se a pesquisa como exploratória, de tipo qualitativo, de recursos bibliográficos e método dialético com o recurso de casos concretos.

Palavras-chave: Clonagem humana; aspectos bioéticos; repercussões jurídicas

¹ Pós-Doutora em Direito (UNESA), doutora e mestre em Direito (UGF). Especialista em Bioética pela Cátedra em Bioética da UNESCO. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra, Portugal. Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Decana do Centro de Ciências Jurídicas, Políticas e de Administração, da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability (Bioethics, Biolaw, Biotechnology) e do Grupo Direito Humanos e Transformação Social.

² Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA), mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP), Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor de Direito Civil do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM).

ABSTRACT: It presents a critical-reflexive analysis of the biotechnological phenomenon of cloning, notably human cloning, based on the following questions: Should the law adopt a repressive view, prohibiting cloning in its modalities? Should the matter be regulated at the constitutional level? The first objective is to demonstrate the insufficiency and ineffectiveness of a unidirectional approach to the issue in the face of the multiple complexities that involve it, both social and bioethical, philosophical, legal, psychological, and medical. The secondary objective is to present a theoretical-pragmatic approach to the issues arising from these multiple perspectives, from a comprehensive approach and close to the reality of human life. The principlialist bioethical theoretical framework is adopted, based on T.BEAUCHAMP and J. CHILDRESS with theoretical focus indicators that support the intended objectives, with some support in the work of DWORKIN. It concludes with the idea that a new reality that imports life with quality of life to the human being must be desired and made possible, from the practical and realistic look of the focus of a new paradigm for the future, as it is done essential in promoting the realization of dignified life for all beings that inhabit the planet, with ethical limits and respect for the dignity of the human person. Research is classified as exploratory, qualitative, with bibliographic resources and dialectical method with the use of concrete cases.

Keywords: Human cloning; bioethical aspects; legal repercussions

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os significativos avanços do conhecimento humano descortinados a partir do século XX até o presente, especialmente no campo da medicina e das ciências biológicas, impõem inúmeros desafios a serem enfrentados pela filosofia, pela bioética e pelo direito.

Muito embora a novidade do vírus pandêmico e letal da Covid-19 tenha chamado para si toda a atenção de cientistas ao redor do mundo na busca de uma vacina que numa velocidade nunca dantes observada foi alcançada³, a clonagem humana continua sendo, sem sombra de dúvidas, um dos mais fascinantes e ruidosos temas, na medida em que desperta uma série de elucubrações, em que realidade e ficção científica parecem confundir-se.

³ As vacinas contra a covid-19 estão sendo desenvolvidas em velocidade sem precedentes, e, além da rapidez, os projetos em andamento buscam comprovar a eficácia e a segurança de tecnologias inéditas, que, futuramente, podem modernizar outras vacinas já em uso no mundo. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), entre as quase 200 propostas de vacinas em testes, 44 chegaram à fase de experimentação em humanos, chamada de estudos clínicos. Dessas, um grupo de 10 projetos atingiu a fase três de estudos, em que dezenas de milhares de voluntários são recrutados para comprovar se a vacina é mesmo capaz de proteger sem causar danos à saúde. (Retirado do site: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-10/agencia-brasil-explica-os-tipos-de-vacina-contracovid-19>. Acesso em 13 dez 2020).

A ausência de informações mais consistentes, valores religiosos, ou os receios de uma “nova eugenia nazista”, ou de um futuro tal qual o imaginado por Huxley pouco contribuem para o progresso do debate. Ademais, na medida em que a própria técnica de clonagem não se encontra aperfeiçoada, e as pesquisas com esta finalidade são proibidas pelas legislações de muitos países, pairam inúmeras dúvidas para as quais se encontram poucas respostas: a clonagem humana, para fins terapêuticos ou reprodutivos, é aceitável sob o ponto de vista ético e filosófico? O direito deve adotar uma visão repressora, proibindo a clonagem em suas modalidades? A matéria deveria ser regulada a nível constitucional? Na eventualidade de um clone humano vir a ser produzido, quais as consequências para o campo do direito?

A questão é, obviamente, metajurídica. Não cabe ao direito somente a reflexão a respeito. Dentro deste pensamento, este *paper* tem por objetivo discutir a questão também sob o ponto de vista filosófico e bioético.

Assim, este trabalho é dividido em quatro partes. A primeira delas busca explicar como funciona o processo de clonagem, sob um ponto de vista técnico, e quais as reais possibilidades de se clonar tecidos e órgãos humanos, ou mesmo indivíduos inteiros. A segunda parte apresenta a questão sob um ângulo filosófico. Para tanto, optou-se pelo contraste entre as visões do alemão Jürgen HABERMAS e do norte americano Ronald DWORKIN, que apresentam pontos de vistas opostos a respeito do tema envolvendo o que se convencionou denominar “eugenia liberal” (dentro da qual estaria inserido o problema da clonagem). A terceira parte traz a discussão para o campo bioético, especialmente a bioética principialista de T. BEAUCHAMP e J. CHILDRESS, e como este discurso pode fornecer possíveis critérios racionais para a temática em análise.

Por fim, a quarta parte desta pesquisa será centrada nas questões exclusivamente jurídicas, dividindo-se em duas partes. Inicialmente, será feita uma sucinta análise do direito comparado e do tratamento dado por algumas Declarações Internacionais e ordenamento de alguns países. Posteriormente, será feita uma análise de possíveis repercussões da clonagem humana consoante o direito pátrio, tendo como recorte o direito civil.

1 CLONAGEM: O EVENTO BIOLÓGICO

Etimologicamente a palavra clone deriva do grego *klon*, *klónos* que significa rebento, broto ou ramo pequeno. Em termos genéticos clone representa aquele conjunto de células geneticamente semelhantes provenientes de um processo denominado mitose de uma única célula original. Assim, pode-se afirmar que um clone é literalmente uma réplica, de genes ou de células.

Importante demarcar que na natureza os clones são muito comuns, embora com existência não incompatível à diversidade biológica. Sendo certo que as células somáticas de qualquer ser vivo são clones da célula original (célula-tronco) da qual derivam. Da mesma forma que os gêmeos univitelinos nada mais são que clones naturais.

O termo clonagem também designa as técnicas artificiais de duplicação que tanto podem ser utilizadas em genes, células, tecidos, órgãos e seres vivos, obtida através de uma biotecnologia de reprodução assexuada, ou seja, indivíduo geneticamente idêntico a outro, produzido por manipulação genética.

Goldim esclarece que a clonagem é essa forma de reprodução assexuada, produzida artificialmente, que está baseada em um único patrimônio genético. Os indivíduos resultantes deste processo terão as mesmas características genéticas cromossômicas do indivíduo doador, ou também denominado de original.

A clonagem pode ser realizada, fundamentalmente, de duas configurações: separando-se as células de um embrião em seu estágio inicial de multiplicação celular, ou pela substituição do núcleo de um óvulo por outro derivado de uma célula de um indivíduo já vivente.

Importante demarcar que no reino animal, espécies inferiores como os protozoários se reproduzem de uma maneira clônica, por auto divisão de suas células. Essa espécie de clonagem está fundamentada no fato de que cada célula de um organismo possui a totalidade dos cromossomos com as informações codificadas para a existência de um indivíduo completo. Por conseguinte, o animal clônico é uma verdadeira cópia do outro que lhe deu origem, sendo-lhe a matriz; produzido que é com a informação genética fornecida por uma única célula. Assim, os clones também são, etimologicamente, "indivíduos geneticamente iguais", porque provêm de um organismo único de reprodução.

O professor Ian Wilmut e seus colaboradores do Roslin Institute, associados a empresa PPL Therapeutics, realizaram, com êxito, no ano de 1996, a clonagem de uma ovelha da raça Finn Dorset por meio da substituição do núcleo de um óvulo por outro derivado de uma célula de uma ovelha adulta já existente, dando origem a outra ovelha (que recebeu o nome de Dolly) cujo material genético era idêntico ao de sua matriz. Ou seja, foi utilizado o segundo modo supramencionado, que é o gênero de clonagem propriamente dita, e que era, até então, considerado impossível. O experimento de Wilmut e sua equipe pode ser resumido nos seguintes passos (HOGEMANN, 2013):

1) uma célula somática (célula mamária da ovelha doadora) foi levada a um estado de quiescência (dormência), durante o qual o núcleo da célula tornou-se passível de reprogramação. Em seguida, esse núcleo, contendo o DNA, foi removido;

2) o núcleo de uma célula germinativa feminina (o 'óvulo' da ovelha receptora, da mesma espécie) foi removido, para que pudesse receber o núcleo da célula doadora;

3) o núcleo da célula doadora e a célula receptora sem núcleo foram fundidas (por microinjeção e micromanipulação, sob a indução de uma descarga elétrica controlada), para obter um embrião. Em seguida, esse embrião foi implantado no útero de uma terceira ovelha gestante (de outra raça, a Scottish Blackface), que pariu Dolly.

É importante esclarecer que um organismo totalmente desenvolvido não pode ser clonado. Entretanto, vários pesquisadores têm usado técnica de clonagem para replicação de embriões.

Com o advento das Técnicas de Reprodução Assistida, e conseqüentemente das técnicas de manipulação de óvulos, espermatozóides e embriões, houve um interesse maior sobre os mecanismos de reprodução celular com o objetivo de realizar a clonagem. As primeiras pesquisas nesse campo foram realizadas com óvulos e embriões animais e, posteriormente, em embriões humanos.

A verdadeira clonagem humana envolveria a retirada de uma célula somática de uma pessoa e a extração de seu núcleo. Então, um núcleo fertilizado de uma célula embrionária seria retirado e colocado na célula somática. Porém, isso é impossível em humanos, ao menos até agora, uma vez que as células somáticas são especializadas, existem muitos genes inativados entre elas e ainda não se sabe exatamente como ativá-los. Por outro lado, o inverso que até então parecia também ser impossível mostrou ser um fato após a recente experiência inglesa com a clonagem de ovelhas. As técnicas mais estudadas para se conseguir a clonagem humana são a Separação/Divisão de Blastômeros ou o Transplante Nuclear. A técnica de Separação de Blastômeros é mais conhecida como a técnica de clonagem humana. Embriões nos estágios iniciais de desenvolvimento se dividem em células, chamadas de Blastômeros.

A Zona Pelúcida que recobre esses embriões é removida ou perfurada e os Blastômeros são separados uns dos outros. Cada Blastômero então é coberto com uma Zona Pelúcida artificial, e cada um deles passa a se desenvolver isoladamente, formando, cada um, um embrião. Esses embriões podem ser transferidos a mães distintas ou à mesma mãe, mas o resultado do

nascimento serão gêmeos idênticos não univitelinos. Em outras palavras, a clonagem pode ser feita de dois modos diferentes: pela fissão gemelar e pela transferência de núcleo (HOGEMANN, 2013, p. 97).

Considera-se como fissão gemelar o processo pelo qual um único óvulo fecundado (o embrião no estágio de uma célula nas primeiras fases de desenvolvimento) parte para uma divisão especial, originando dois indivíduos idênticos. Na transferência de núcleo é retirado o núcleo da célula germinativa, antes da formação do zigoto. Em seguida, substitui-se esse núcleo haplóide (aquele que não houve ainda a recombinação dos cromossomos de origem materna e paterna) pelo núcleo diplóide retirado de uma célula somática do adulto da mesma espécie. Esse núcleo, quando colocado no ambiente do citoplasma do óvulo, que se torna fecundado, readquire a qualidade de totipotente, perdendo as inibições por que passara no decurso da diferenciação, dando origem a um indivíduo idêntico àquele do qual foi removida a célula somática (HOGEMANN, 2013, p.98).

2 DIGRESSÕES SOBRE A CLONAGEM NA PERSPECTIVA DE HABERMAS E DWORKIN

A clonagem humana desperta curiosidades, desejos e receios de há muito enraizados no inconsciente coletivo. A imagem do duplo ou do clone tanto é vista como um espectro estimulador de medos e angústias relativas à possibilidade objetiva da indiferenciação, como remete o ser humano à possibilidade sempre perseguida e nunca alcançada da imortalidade.

Se em 1996 envolvendo os relatos envolvendo os procedimentos científicos que tiveram como resultado o nascimento da ovelha Dolly causaram a estupefação foi geral, hoje, várias décadas após, a clonagem de mamíferos já é uma realidade entre nós, mormente no que diz respeito a bovinos, equinos e até mesmo cães de raça que chegam a alcançar milhares de dólares no mercado mundial. No entanto, no que diz respeito aos procedimentos científicos relacionados à possibilidade da clonagem humana, estes seguem banidos tanto do cenário nacional, nos termos da Lei de Biossegurança, quanto do cenário internacional, por declaração aprovada em 2005, pela Assembleia das Nações Unidas.

Em sua obra *O Futuro da Natureza Humana*, Habermas (2016, p. 67) aponta para os perigos do que denomina de eugenia liberal⁴ para as questões morais envolvendo a condição humana.

⁴ A expressão “eugenia liberal”, utilizada pelo autor, seria regulada por interesses econômicos, próprios das leis de mercado. “Nas sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos pelos interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixariam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais e, de modo geral, aos desejos anárquicos de fregueses e clientes” (HABERMAS, 2016, p. 67).

Destaca-se em sua reflexão, a advertência do tipo “bola de neve” – *dammbbruchargumente* (BARRETO, 2013, p. 331; HABERMAS, 2016, p. 27-28) -, dos riscos da passagem de uma eugenia negativa (HABERMAS, *Cit.*, p. 26) para uma eugenia positiva (HABERMAS, *cit.*, p. 26), produtora de uma heterodeterminação instrumentalizadora da pessoa humana, comprometedor do ser-em-si, necessário à participação do diálogo construtivo do espaço moral. Muito embora o construto filosófico habermasiano enfatize situações como pesquisas em embriões excedentários, DGPI⁵, programação genética de características físicas ou intelectuais dos futuros fetos, seria aplicável à clonagem humana, na medida em que o clone, em sua visão, estaria em perspectiva aproximada à do embrião programado para desenvolver determinadas aptidões no curso de sua vida (HABERMAS, *Cit.*, p. 87)⁶.

Habermas alerta para os riscos de instrumentalização advindos da intervenção genética, que colidem frontalmente com o imperativo categórico encontrado em Kant (p. 2008, p. 59), para quem o fundamento máximo da moral reside na dignidade do ser humana, sendo esta uma característica que impõe a compreensão do homem como fim-em-si, não podendo ser tratado como meio para qualquer outro objetivo, ainda que nobre ou utilitário. Assim, a clonagem humana, seja de órgãos para fins de substituição – o que poderia eliminar problemas práticos frequentemente enfrentados por pacientes que necessitam submeter-se a transplantes, tais como a escassez de 'doadores'⁷, ou o risco de rejeição do órgão transplantado, bem como a proibição de cessão de órgãos que comprometam a sobrevivência do doador -, seja mesmo de seres humanos completos, produziria indivíduos finalidade seria puramente instrumental.

Outro aspecto moralmente questionável envolveria a possibilidade de a clonagem comprometer a autonomia do ser produzido. A autonomia, em Kant (2008, p. 62), é condição de possibilidade da vontade moral, capaz de tornar o homem em legislador universal, na medida em que suas ações sirvam de critério de validade para todos os seus semelhantes, sem que provoquem reducionismos ou contradições. Neste contexto, Schneewind (2009, p. 371) ressalta um duplo caráter da autonomia em KANT: a autorreferencialidade – na medida em que a autonomia não é dada por m elemento externo, mas espontaneamente descoberta pelo sujeito em virtude de sua natureza racional – e a possibilidade de um autocontrole realizado pelo próprio agente moral.

⁵ Sigla para diagnóstico genético de pré-implantação.

⁶ “De resto, essa situação assemelha-se à do clone, que é privado de um verdadeiro futuro próprio pelo olhar modelador voltado à pessoa e à história de vida de um 'irmão gêmeo' tardio” *Ibid.*, p. 87.

⁷ Em que pese criticável o uso da expressão “doação de órgãos” - na medida em que o contrato de doação envolve a disponibilidade gratuita de bens dotados de valor econômico e inadmitida a doação de coisas fora do comércio -, sendo preferível o termo “cessão” a terminologia será aqui empregada, para exclusivo fim de simplificação de linguagem.

Habermas (2016, p. 10) nos remete igualmente a Kierkgaard, para quem o “poder de ser si mesmo” representa a emancipação do indivíduo, que passa a adquirir consciência de sua historicidade, tornando-se capaz de assumir responsabilidades pelos próprios atos perante si mesmo e seus semelhantes. O “homem fabricado”, o “*humanum productum*” poderia ter a consciência de sua identidade alterada, na medida em que sendo - quando ao menos parcialmente -, produto de intervenção alheia, comprometeria sua possibilidade de estabelecer uma responsabilidade moral. Em sentido aproximado, encontramos as palavras de Barreto:

Um dos principais problemas na introdução de políticas eugênico-liberais no contexto das novas biotecnologias reside na impossibilidade de se estabelecer uma responsabilidade moral. Isto porque, o binômio *manifestação de autonomia/imputação de responsabilidade moral* não encontra guarida na atitude de artesão descrita por Jürgen Habermas (BARRETO, 2013, p. 333).

Para Habermas “o clone assemelha-se ao escravo, na medida em que ele pode empurrar para outras pessoas uma parte da responsabilidade que normalmente deveria caber a ele mesmo” (*apud* BARRETO, 2013, p. 336).

O filósofo alemão adverte, ainda, para os riscos de a tecnicização da natureza humana promover uma alteração na autocompreensão ética da espécie (HABERMAS, 2016, p. 58-59), comprometendo os próprios fundamentos da integração social, risco que também é destacado por Barreto (2013, p. 334):

As manipulações genéticas, portanto, poderiam alterar perigosamente a nossa autocompreensão enquanto seres morais e os próprios fundamentos normativos da integração social, impedindo que os indivíduos se considerassem como autores de suas próprias vidas, no entendimento de que 'as questões éticas na contemporaneidade transcendem o espaço restrito das relações interindividuais, pois em virtude da tecnociência refletem os problemas encontrados no âmbito da ecologia, da natureza humana e do futuro da espécie humana.

Nesse contexto, o direito surge como um elemento limitador desse “supermercado genético”, garantindo a preservação da autocompreensão da espécie humana, evitando sua instrumentalização, ao eliminar a “assimetria discursiva intergeracional” entre o gerado e o não gerado, que impede o reconhecimento recíproco necessário à participação política e à igual consideração jurídica (FELDHAUS, 2005, p. 313), vedando juridicamente aquilo que a técnica permite:

A proposta habermasiana consiste no preenchimento jurídico desses vácuos deixados pela biotecnologia, tornando indisponível juridicamente o que está se tornando disponível pela técnica, ou seja, a vida humana lançada no *genetic supermarket* liberal. O grande desafio da reflexão jusfilosófica, nessas questões, consiste em recuperar '...a dimensão perdida da ideia de responsabilidade e situá-la no espaço da moralidade, que lhe é próprio'. O Direito eugênico surge, portanto, mais como meio de defesa da autocompreensão ética da espécie humana, num processo de moralização da natureza humana pela proibição da heterodeterminação externa irreversível e da autoinstrumentalização da espécie humana (BARRETO, 2013, p.338).

Em plano diametralmente oposto ao pensamento habermasiano, Dworkin apresenta sua construção filosófica a respeito do tema em sua obra denominada *A Virtude Soberana*, no capítulo intitulado *Brincar de Deus: genes, clones e sorte*.

O autor destaca a existência de três fundamentos comumente evocados em oposição à possibilidade jurídica e moral da clonagem humana: os riscos envolvidos no processo de clonagem, que demandariam uma extrema cautela; a inacessibilidade de tais técnicas à parcela da população desprovida de recursos, aumentando a distância entre ricos e pobres e a possibilidade de estabelecer-se uma indesejável homogeneização de um sentido estético dominante, incompatível com o pluralismo caracterizador da sociedade cosmopolita (DWORKIN, 2016, p. 625-626). Tais objeções se classificariam como *derivativas*, na medida em que fariam referência a existência de supostos interesses do clone (DWORKIN, 2016, p. 13).

Ao primeiro destes argumentos, Dworkin alega que inexistem dados sólidos que permitam vaticinar os riscos de que experiências com clonagem possam produzir deformidades ou defeitos genéticos até que ocorra seu aperfeiçoamento. Ademais, afirma que tais riscos, isoladamente, não se prestariam a justificar a proibição de futuras pesquisas, podendo ser contornados por uma adequada regulamentação, além do fato que os benefícios potenciais de tais técnicas deveriam ser sopesados, de modo a pender em prol da continuidade das pesquisas (DWORKIN, 2016, p. 626-627).

O segundo argumento é denominado pelo autor como argumento de justiça. A ele, o autor contrapõe a tese de que não se deve procurar um aumento da igualdade promovendo um nivelamento por baixo e que, mesmo em casos de práticas mais ortodoxas, avanços científicos inicialmente elitizados vem a popularizar-se posteriormente, produzindo benefícios mais amplos (DWORKIN, *Cit.*, p. 628).

Por fim, contesta a terceira objeção apontada (por ele denominada de estética), afirmando inexistirem indícios que apontem no sentido de uma popularização da técnica de clonagem conduzir a uma homogeneização de um dado perfil físico ou intelectual (DWORKIN, *Cit.*, p.628).

Além das *supramencionadas* objeções derivativas, haveria um argumento – qualificado como *independente* – que criticaria a postura científica interventiva na ordem natural da reprodução, levando aquilo a que se convencionou denominar “*brincar de Deus*”:

Considera-se que brincar de Deus é errado em si, sem se contemplar nenhuma consequência ruim que possa vir a ter para qualquer ser humano identificável. Não obstante, não está nem um pouco claro o significado dessa proibição – não está claro o que significa brincar de Deus e o que exatamente há de errado nisso. Não posso dizer que é sempre errado que os seres humanos tentem resistir às catástrofes naturais, ou aprimorar o que a natureza lhes deu. As pessoas fazem isso – sempre fizeram – o tempo todo. Qual é a diferença, afinal, entre inventar a penicilina e usar genes alterados pela engenharia e clonados para curar doenças ainda mais pavorosas do que aquelas curadas pela penicilina? Qual é a diferença entre obrigar seu filho a fazer exercícios extenuantes para ganhar ou perder peso e alterar os genes, ainda em embrião, com a mesma finalidade? (DWORKIN, *Cit.*, p. 631).

Dworkin afirma que o limite entre as circunstâncias atribuídas ao acaso (ou a “Deus”, ou à “evolução”) - pelas quais as pessoas não se responsabilizam – ou aquelas ligadas à escolha - cujas consequências devem ser imputáveis a quem a faz – seria a base sobre a qual se assentaria toda a moralidade humana⁸. Tais fundamentos poderiam ser redefinidos pela engenharia genética, na medida em que a origem das pessoas objeto de manipulação genética não poderia ser atribuída exclusivamente a “sorte”, mas a um ato praticado por terceiros. Tal circunstância produziria diversos aspectos moralmente relevantes, especialmente no campo de responsabilidade pessoal e coletiva (DWORKIN, *cit.*, p. 634). O autor sustenta que seria justamente esta reestruturação das bases do pensamento moral que levaria a um temor acerca da clonagem e manipulação genética (DWORKIN, *cit.*, p. 635), o que, a seu ver, não justificaria a interrupção de tais atividades:

Teríamos descoberto um desafio que devemos enfrentar, em vez de um motivo para voltar atrás, pois nossa hipótese não infere nenhum valor, derivado ou independente. Só revela motivos por que nossos valores contemporâneos, de ambos os tipos, podem estar

⁸ *Id.*, p. 632.

errados ou, pelo menos, mal analisados. Para sermos moral e eticamente responsáveis, não pode haver retorno depois que descobrimos como descobrimos, que alguns dos pressupostos mais fundamentais desses valores estão equivocados. Brincar de Deus é, de fato, brincar com fogo. Mas é isso que nós, os mortais, temos feito desde os tempos de Prometeu, o deus padroeiro da perigosa descoberta. Brincamos com fogo e assumimos as consequências, pois a alternativa é a covardia perante o desconhecido (DWORKIN, *cit.*, p. 636).

Dworkin e Habermas tiveram a oportunidade de confrontar suas ideias durante o Colóquio *Law, Philosophy & Social Theory*, ocorrido na NYU Law School, em 2001. Na ocasião, o jusfilósofo estadunidense teceu algumas considerações críticas específicas a respeito da posição assumida pelo filósofo alemão:

Em resumo, tais críticas seriam: “1) Crítica à premissa que estabelece que a intervenção genética é realizada por uma terceira pessoa, e não pela própria pessoa em questão; 2) Crítica à premissa que estabelece que a pessoa em questão toma retrospectivamente conhecimento da intervenção pré-natal; 3) Crítica à premissa do entendimento/reconhecimento pelo ser modificado em características genéticas particulares, mas que permaneceu idêntico a ele mesmo, de forma que é capaz de adotar uma atitude hipotética em relação à intervenção genética; 4) Crítica à premissa de que o ser em questão recusa-se a se apropriar das modificações genéticas como 'parte de sua pessoa' (BARRETO, 2013, p. 344).

Ponderando acerca das críticas, o filósofo alemão contrapõe, quanto à primeira delas - a de que o indivíduo geneticamente criado/modificado poderia reverter (talvez por meio de alguma terapia genética) os efeitos das alterações genéticas nele realizadas, o que debilitaria a ideia de heterodeterminação de seu destino (BARRETO, *cit.*, p. 344)- o fato de que, ainda que as intervenções originárias fossem reversíveis, o simples fato de serem feitas seria, em si, uma invasão na esfera central da pessoa manipulada artificialmente:

O argumento da heterodeterminação tira sua força apenas do fato de que o *designer*, seguindo suas próprias preferências, procede a um encaminhamento da vida e da identidade de outra pessoa, que não pode ser reconsiderado, sem sequer supor, ainda que de forma contrafactual, o consentimento dessa pessoa, de quem ninguém pode tirar a capacidade de querer um dia controlar sua própria existência e conduzir sua vida exclusivamente segundo seu governo (HABERMAS, 2016, p. 118).

Quanto a segunda crítica apresentada – relacionada ao conhecimento tomado pelo ser geneticamente criado/modificado acerca das alterações nele realizadas, situação que, a seu ver, poderia ser contornada, na medida em que tal conhecimento não seria imprescindível, podendo tais manipulações ser sigilosas -, Habermas questiona se seria moralmente lícito privar a pessoa de dados que seriam importantes na construção de sua biografia:

Certamente, só pode haver conflito entre projetos de vida pessoais e intenções geneticamente estabelecidas por outra pessoa se o indivíduo em crescimento tomar conhecimento do *design* da intervenção pré-natal. Precisamos concluir a partir disso que não haveria nenhum dano caso a informação fosse mantida em segredo? Tal suspeita nos coloca na pista falsa da tentativa ontologizante de situar o prejuízo causado à autonomia num espaço independente de qualquer consciência do conflito, seja no 'inconsciente' da pessoa em questão, seja numa área de seu organismo inacessível à consciência, uma área, por assim dizer, “vegetativa”. Essa variante da intervenção genética *ocultada* suscita apenas a questão moral de saber se é lícito privar uma pessoa de tomar conhecimento de dados importantes de sua biografia (como, por exemplo, a identidade dos pais). Não deveria ser aceitável o fato de se prevenir um problema de identidade de um adolescente, escondendo dele, por precaução, as condições que fariam surgir esse problema potencial e acrescentando à própria programação uma mistificação sobre esse fato relevante da sua vida (HABERMAS, *cit.*, p. 118-119).

Em relação à terceira crítica formulada – o ser criado/modificado seria capaz de adotar uma atitude hipotética em relação a si mesmo, na medida em que permaneceria idêntico a si mesmo, o que não afetaria a sua noção de entendimento/reconhecimento -, o contra-argumento habermasiano afirma que a objeção seria invalidada, uma vez tomadas em consideração as divergências de perspectivas entre o autor da manipulação e a pessoa que for produto dela, que desautorizaria uma intervenção capaz de produzir um elevado impacto nos rumos prováveis da história de vida do ser criado/modificado:

Nesse caso, a heterodeterminação se manifesta, com efeito, na divergência que pode surgir entre a pessoa envolvida e o *designer* sobre as intenções da manipulação genética. A razão moral para a crítica continua sendo a mesma, ainda que a pessoa prejudicada na sua consciência da autonomia não possa se pronunciar, já que ela simplesmente não tem capacidade de se opor. Certamente somos obrigados a fazer o possível para proteger os outros do sofrimento. Devemos ajudar o próximo e fazer de tudo para melhorar suas condições de vida. Mas não nos é permitido – segundo o modo como representamos a vida futura dessas pessoas -estabelecer para elas os espaços que

mais tarde poderão utilizar para dar uma forma ética à sua vida. Nosso espírito finito não dispõe (mesmo no melhor dos casos) do saber prognóstico que seria necessário para avaliar as consequências das intervenções genéticas no contexto da futura história de vida de outra pessoa (HABERMAS, *cit.*, p. 121)

Por fim, a última objeção específica - o ser criado/modificado não necessariamente consideraria as intervenções feitas como “parte de sua pessoa”, ou que tal questão não implicaria num dilema real quando tais alterações melhorassem sua qualidade de vida e sua longevidade -, Habermas (2016, p. 122) sustenta que toda alteração genética deve necessariamente ser precedida de um consentimento do indivíduo manipulado, o que impediria a prática de alterações pré-natais.

3 A PERSPECTIVA DA BIOÉTICA PRINCIPIALISTA E A QUESTÃO DA CLONAGEM

A questão da clonagem desafia naturalmente aspectos bioéticos evidentes, capazes de questionar sua admissibilidade ou não. Dado o escopo deste trabalho, em que pese inúmeras serem as abordagens possíveis, será feita uma análise do tema tendo por base a bioética principialista de Beauchamp e Childress. Desse modo, serão inicialmente traçadas as vigas mestras do discurso principialista para, a seguir, apontar algumas considerações no campo ora em estudo.

Leo PESSINI recorda que a reflexão ética principialista tem sua origem nos Estados Unidos da América, diante da preocupação pública com o controle social da pesquisa em seres humanos. Em muito contribuíram para tal preocupação três casos paradigmáticos: A introdução de células cancerosas vivas em idosos doentes, realizada no Hospital Israelita de doenças crônicas, em 1963, em Nova York; as inserções –ocorridas entre 1950 e 1970, no hospital estatal de Willowbrock, Nova York- de vírus da hepatite em crianças portadoras de retardo mental e pesquisa realizada no Estado do Alabama, entre as décadas de 1940 e 1970, consistente na não realização de tratamento para sífilis em pacientes negros (em que pese a penicilina já haver sido descoberta), de modo a pesquisar a história natural da doença (PESSINI; BARCHINFONTAINE, 2014, p. 60-61).

Como consequência, o governo norte-americano instituiu, em 1974, a *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, que culminou no documento conhecido como *Belmont Report* (Relatório Belmont), publicado em 1978. O texto (cujo âmbito de incidência ficou restrito à pesquisa em seres humanos) identificou a existência de três princípios éticos fundamentais: o respeito pelas pessoas (autonomia), beneficência e justiça.

O princípio do respeito pelas pessoas pressupõe que estas sejam reconhecidas como agentes autônomos e que as pessoas com autonomia diminuída devam ser protegidas. Não se trata da visão kantiana do homem como autolegisador moral, possuindo um sentido mais empírico, ligado ao fato de ter manifestado seu consentimento esclarecido (PESSINI; BARCHINFONTAINE, *CIT.*, P. 62).

O princípio da beneficência, por sua vez, é concebido como a obrigação (descartando-se o caráter caritativo com o qual era habitualmente identificado o termo beneficência) de não causar dano, e de maximizar os possíveis benefícios e minimizar os possíveis riscos:

The term "beneficence" is often understood to cover acts of kindness or charity that go beyond strict obligation. In this document, beneficence is understood in a stronger sense, as an obligation. Two general rules have been formulated as complementary expressions of beneficent actions in this sense: (1) do not harm and (2) maximize possible benefits and minimize possible harms" (Encyclopedia of Bioethics, 1979, pp. 3-4).

O princípio da justiça está ligado à imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, bem como na exigência de tratamento igual a pessoas iguais:

Who ought to receive the benefits of research and bear its burdens? This is a question of justice, in the sense of "fairness in distribution" or "what is deserved." An injustice occurs when some benefit to which a person is entitled is denied without good reason or when some burden is imposed unduly. Another way of conceiving the principle of justice is that equals ought to be treated equally. However, this statement requires explication. Who is equal and who is unequal? What considerations justify departure from equal distribution? Almost all commentators allow that distinctions based on experience, age, deprivation, competence, merit and position do sometimes constitute criteria justifying differential treatment for certain purposes. It is necessary, then, to explain in what respects people should be treated equally. There are several widely accepted formulations of just ways to distribute burdens and benefits. Each formulation mentions some relevant property on the basis of which burdens and benefits should be distributed. These formulations are (1) to each person an equal share, (2) to each person according to individual need, (3) to each person according to individual effort, (4) to each person according to societal contribution, and (5) to each person according to merit" (Op. cit., 1979, p. 5).

A Comissão Belmont não realizou maiores esforços no sentido de fundamentar os princípios nela descritos em torno de uma teoria ética (SGRECCIA, 2014, p. 184). Além disso, conforme já mencionado supra, seu alcance era limitado às pesquisas envolvendo seres humanos. Tal tentativa, contudo, foi proposta por Beauchamp e Childress, em sua obra *Princípios de Ética Biomédica*, que se tornou obra de referência no assunto. Ambos retrabalharam os três princípios indicados pelo relatório elaborado pela Comissão Belmont (do qual Beauchamp era um dos membros), bipartindo o princípio da beneficência em princípio da beneficência e da não-maleficência (VIEIRA, 2012, p. 101) e ampliando seu âmbito de incidência para a prática biomédica, o que se convencionou denominar bioética em sentido estrito, ou microbiótica.

Assim, com relação ao princípio da autonomia (como passou a ser preferencialmente denominado o princípio do respeito pelas pessoas, Beauchamp e Childress esclarecem interessar-se mais pela ação autônoma (capacidade de governar, ou efetivo governo), dado que uma pessoa pode ser considerada autônoma (assim entendidas aquelas pessoas a quem se atribui capacidade de autogoverno, dentre as quais destacam-se a compreensão, o raciocínio, a deliberação e escolha independente) e ter sua capacidade de ação autônoma tolhida por um fator temporário ou permanente (como uma enfermidade, ou depressão). Para que uma ação seja considerada autônoma, tomam-se em conta indivíduos que possuam um padrão normal de conduta, agindo intencionalmente, com entendimento e livres de circunstâncias controladoras que limitem seu agir. O entendimento e a liberdade de coerção podem variar em graus, exigindo-se, para que uma ação seja considerada autônoma, um “grau substancial de entendimento e de liberdade de alguma coerção e não um entendimento pleno ou uma completa ausência de influência” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 138-141). Os autores distinguem entre ser autônomo e ser respeitado como agente autônomo:

Respeitar um agente autônomo é, no mínimo, reconhecer o direito desta pessoa ter suas opiniões, fazer suas escolhas e agir com base em valores e crenças pessoais. Esse respeito envolve a ação respeitosa e não simplesmente uma atitude respeitosa. Ele exige também mais que obrigações de não intervenção nas decisões das pessoas, pois inclui obrigações para sustentar as capacidades dos outros para escolher autonomamente, diminuindo os temores e outras condições que arruinem sua autonomia. Nessa concepção, o respeito pela autonomia implica tratar as pessoas de forma a capacitá-las a agir autonomamente, enquanto o desrespeito envolve atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros e, portanto, negam uma igualdade mínima entre as pessoas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, *cit.*, p. 142-143).

O respeito à autonomia pode assumir uma forma negativa ('as ações autônomas não devem ser sujeitadas a pressões controladoras de outros') ou positiva (correspondente ao tratamento respeitoso na revelação de informações e no encorajamento da decisão autônoma). Em ambas as dimensões, indicam que “respeitar o outro inclui o esforço para encorajar e produzir sua opinião acerca dos próprios interesses” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p.144).

Apesar de ser dotado de uma validade *prima facie*, o princípio da autonomia pode ceder diante de algumas considerações morais concorrentes (como o próprio princípio da beneficência em algumas situações). Ademais, inaplicável em relação a pessoas que não possam agir de forma substancialmente autônoma, como crianças, toxicômanos, ou pessoas acometidas de senilidade (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p.144-145).

A beneficência, por sua vez, busca uma atuação otimizadora do profissional de saúde, no sentido de potencializar benefícios (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p.281), subdividindo-se em dois subprincípios: beneficência positiva - que requer a efetivação de benefícios- e utilidade - que requer uma ponderação entre benefícios e desvantagens.

O princípio da não maleficência (*primum non nocere*) estabelece um contraponto ao princípio da beneficência, na medida em que impõe ao médico não submeter o paciente a um dano que ou a procedimentos desnecessariamente arriscados ou invasivos, ou prolongar demasiadamente a vida, através de tratamento fútil que submeta o paciente a sofrimento desnecessário (SANTORO, 2012, p. 104).

Tal princípio é definido por BEAUCHAMP e CHILDRESS como a obrigação de não infligir dano intencionalmente (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p. 209). É importante frisar que o referido princípio “não implica a conservação da vida biológica, nem exige que se inicie nem que se prossiga o tratamento sem levar em conta a dor, o sofrimento e o desconforto do paciente” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, *cit.*, p. 238). A sobrevivência do organismo físico não pode ser considerada como um bem absoluto, portanto. Situações há nas quais o prolongamento da sobrevivência do paciente (quando inviável eliminar-lhe a dor e o sofrimento) podem ser considerados, por si só, um dano, não sendo, em tais circunstâncias, obrigatória a continuidade do tratamento.

Gracia (2010, p. 262) afirma que, muito embora o referido princípio (por ele denominado *crux bioethicorum*) possua pretensão de validade universal, nem por isso pode ser considerado absoluto, podendo ceder diante de circunstâncias concretas e justificantes.

Comparando as regras da beneficência das relativas à não maleficência, são estabelecidas as seguintes distinções:

As regras de não maleficência (i) são proibições negativas de ações, que (ii) devem ser obedecidas de modo imparcial e que (iii) servem de base a proibições legais de certas formas de conduta. Em contraposição, as regras da beneficência (i) apresentam exigências positivas de ação, sendo que (ii) nem sempre precisam ser obedecidas de modo imparcial e (iii) raramente – ou nunca – servem de base a punições legais contra quem deixa de aderir a elas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2013, p.284).

Ao contrário da obrigação de não malefício, que deve ser cumprida de modo imparcial - o que constituiria uma obrigação perfeita -, o princípio da beneficência pode ser realizado com parcialidade - obrigação imperfeita (BEAUCHAMP; CHILDRESS, *cit.*, p. 285).

Em que pese a maior generalidade, em regra, das obrigações de não maleficência, as obrigações de beneficência podem, por vezes, predominar sobre aquelas, em situações em que se satisfaçam os requisitos do princípio da utilidade, quando um benefício importante pode ser produzido ao custo de um dano reduzido –e.g., campanha de vacinação que beneficie um grande grupo de pessoas, mas que pode causar danos a pequena parte delas (BEAUCHAMP; CHILDRESS, *cit.*, p. 285).

O princípio da justiça sustenta que “os benefícios e obrigações sociais devem ser distribuídos de forma que o menos favorecido tenha uma posição equitativa ao mais favorecido, isto é, a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios” (BEAUCHAMP; CHILDRESS, *cit.*, p. 105). Tal princípio impõe ao médico a igualdade no tratamento dos pacientes (respeitadas as diferentes situações clínicas e sociais) e ao Estado, uma justa distribuição de verbas para a saúde e pesquisa (SGRECCIA, 2014, p. 188). Trata-se de concepção de justiça distributiva, que impõe padrões mínimos de acesso à saúde para os menos favorecidos, bem como alocação dos recursos disponíveis para pesquisas científicas que possam proporcionar benefícios concretos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, *cit.*, p. 423).

Considerada a estrutura *supra* descrita do discurso principialista, se faz relevante compreender de que forma ele poderia -ou não -conferir suporte a um suposto processo de clonagem humana. Cumpre salientar que diversos serão os desdobramentos éticos conforme se esteja falando de clonagem com finalidade terapêutica ou reprodutiva. De igual forma, quando se considera a questão a partir da perspectiva do ser clonado ou daquele que toma a iniciativa de usar seu material genético para tais fins.

Sob o ponto de vista terapêutico, o princípio da beneficência poderia conferir suporte ético ao procedimento de clonagem, na medida em que permitiria avanços substanciais no tratamento de patologias que requerem a substituição de órgãos, bem como no desenvolvimento de certos medicamentos (MUNUARETTO, *In*: BARBOZA, 2003, p. 13-14). A técnica, entretanto, seria de pouca utilidade quando se trate de doença congênita, na medida em que o material genético utilizado estaria igualmente comprometido (NAMBA, 2009, p. 63-64).

Há aqui, contudo, um outro aspecto a considerar. A extensão e alcance da ideia de vida, bem como os limites éticos jurídicos de sua proteção. A questão pode ser enfocada sob dois ângulos distintos.

Inicialmente, considerando a perspectiva do indivíduo que almeja a clonagem de órgãos e tecidos para fins de extinguir enfermidades causadoras de padecimento e letalidade, ou mesmo com o intuito de prolongar o mais possível a própria existência. É sabido que o direito à vida é compreendido como fundamental pela Constituição Brasileira. E é compreensível o desejo humano de prolongar seu tempo de existência com qualidade. Inúmeros têm sido os esforços da medicina neste sentido, com substancial incremento da expectativa de vida média. Há de se questionar, contudo, se o direito à vida compreende um hipotético direito a ampliar, o mais possível, a *quantidade* de vida, quiçá buscando, por meios científicos e artificiais, uma imortalidade não natural. Conferir tal extensão a este direito traria inúmeras implicações no campo ético e jurídico, tais como considerar os investimentos de recursos estatais no sentido de torná-lo acessível a toda a população (sob pena de uma elitização indesejada), e todos os impactos ambientais, previdenciários e econômicos dele decorrentes. Poder-se-á objetar, ainda, que a vida obtida/prolongada por recursos artificiais seria uma não vida (argumento, contudo, que parece frágil diante de todas as técnicas e medicamentos existentes, sob os quais não pairam maiores questionamentos).

Há um outro aspecto a considerar, contudo. O embrião excedentário utilizado no processo de clonagem poderia ser considerado vida? A questão ética e jurídica é complexa, tendo sido enfrentada, inclusive, pelo STF quando da art. 5º, I e II da Lei de Biossegurança (que permitiu o uso de embriões para pesquisa em células-tronco)⁹ e sua análise permite os mais variados argumentos¹⁰. De notar-se que, neste momento, o cerne da questão desloca-se para o debate em

⁹ ADPF N° 54 e ADI 3510, ocasião em que a Corte se posicionou pela constitucionalidade do dispositivo da lei. Vale lembrar que o mesmo diploma legal veda a clonagem humana, conforme se verá *infra*.

¹⁰ Uma vasta gama de argumentos, em ambos os sentidos, usando como contexto a possibilidade de pesquisa em células embrionárias -alguns deles aplicáveis ao recorte deste trabalho - é encontrada em Klevenhusen e Riccobene (2008, p. 230-233): “Os argumentos dos especialistas a favor do uso das células-tronco foram os seguintes:1) ' as células-tronco adultas não servem para o tratamento de doenças genéticas porque todas as células do corpo de um

torno do termo *inicial* da vida, pois, uma vez considerando o embrião -mesmo o obtido através de um processo de inseminação *in vitro* e ainda não implantado em um útero – como tal – e mais especificamente, *vida humana*¹¹ -, dotada de valor e interesses próprios -, passa-se a haver uma colisão entre os supostos direitos de prolongar a vida e o de iniciá-la, o que impõe a tentativa de estabelecer critérios seguros e racionais que permitam estabelecer as circunstâncias em que um ou outro deva prevalecer¹². Desse modo, muito embora inexista uma hierarquia apriorística entre os princípios mencionados, é preciso questionar se o benefício causado ao paciente acometido

paciente doente apresentam o mesmo erro genético'; 2) academias de ciências de 66 países já se declararam a favor de tais pesquisas; 3) 'pesquisar células-tronco embrionárias obtidas de embriões congelados não é resultado de um ato de aborto, porque o embrião congelado por si só não é vida, se não for transferido para o útero'; 4) 'o pré-embrião, até o décimo quarto dia, não apresenta as células do sistema nervoso central, o que poderia ser comparado com o parâmetro utilizado para determinar a morte encefálica'; 5) 'DIU e pílula do dia seguinte são permitidos no Brasil, distribuídos pelo SUS e são procedimentos que impedem o desenvolvimento da gravidez dentro do corpo da mãe, mesmo assim não são considerados uma forma de aborto'; 6) 'Se não tivermos nossas células embrionárias, os brasileiros terão que procurar esse tipo fora do país'; 7) a vantagem da utilização de células-tronco embrionárias é a sua plasticidade (capacidade de se transformar em mais de 220 tipos de células diferentes; 8) Não são embriões criados especialmente para pesquisa, mas embriões que serão descartados; 9) 'como a morte do ser humano é condicente com a morte encefálica, então se a morte coincide com o término da atividade do sistema nervoso é lícito supor o início da vida humana com o estabelecimento dos três folhetos embrionários, que segundo a Resolução 33/206 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ocorre 14 dias após a fecundação'.

Já os especialistas contrários à utilização das células-tronco embrionárias sustentaram que: 1) 'O embrião é indivíduo, inclusive na sua primeira fase de desenvolvimento'; 2) 'Somos humanos a partir do momento da fecundação e a dignidade humana está lá, intrínseca'; 3) 'A mudança que passamos ao longo da vida é apenas funcional, e não genética' 4) 'O começo da vida está no início do início do processo e não no início do final, ou seja, temos que respeitar o ser humano a partir da fecundação. A sustentação desta afirmativa é biológica e o argumento é racional'; 5) 'Duas a três horas depois da fecundação, o embrião já se comunica com a mãe. Isto não é vida?'; 6) 'tanto no homem como na mulher, temos experiências com células germinativas (já diferenciadas) que podem ser revertidas para células com características de células embrionárias, pluripotentes, que podem ser utilizadas na medicina regenerativa'; 7) 'O êxito da aplicabilidade das células-tronco adultas nas várias especialidades médicas deve ser valorizado através da cooperação entre o pesquisador e o médico'; 8) 'Após o quinto dia, se este embrião não for transferido para o útero da mãe, ele morre, mas o seu desenvolvimento até este dia é autônomo'; 9) 'é importante que a comunidade científica uma esforços para obter algo que traga desenvolvimento, mas que não agrida a vida humana'; 10) 'Não é compreensível, do ponto de vista ético, mesmo em nome do progresso da ciência, envolver o ser humano em uma pesquisa que precisará destruí-lo'; 11) 'não seria respeitoso com a dignidade humana utilizar classificações didáticas para remanejar o marco inicial da vida de um ser humano e, a partir daí, passar a executar lesões físicas à sua estrutura, com a justificativa de que abaixo do período arbitrado já não haveria vida, quando todas as evidências mostram em contrário'; 12) 'É no mínimo contraditória a situação em que uns embriões são usados para pesquisas enquanto que outros são ofertados às condições para prosseguir no seu desenvolvimento'; 13) 'Parece preferível deixar aos embriões pelo menos a possibilidade de completar o seu desenvolvimento através de seus genitores ou eventualmente por adoção'; 14) 'Lembremos a metafísica dos costumes, de Emmanuel Kant, 'a dignidade é o princípio moral que enuncia que a pessoa humana não deve nunca ser tratada apenas como um meio, mas como um fim em si mesma'; 15) 'O embrião humano não é um simples aglomerado de células porque o comportamento dele é completamente diferente do que do de outras células'; 16) 'O cérebro se desenvolve porque o embrião se desenvolve. Não é a mãe que desenvolve o cérebro do feto'

¹¹ Uma possibilidade interpretativa seria considerar o embrião (ou até mesmo o feto, em seus estágios primitivos) como uma forma de vida não humana, o que limitaria -ou eventualmente até eliminaria – a existência de obrigações morais para com ele.

¹² Neste diapasão, vários autores sustentam como adequada não a proibição absoluta da clonagem terapêutica, mas sua adequada regulamentação. Neste sentido: "não é moralmente condenável o fato de cientistas trabalharem com segurança sobre variedades vegetais, animais e mesmo em seres humanos (clonagem terapêutica) por meio de clonagem ou de outras técnicas na busca de benefícios futuros para a humanidade. O grande nó da questão não está na utilização das técnicas de clonagem em si, mas no seu controle. E este controle deve se dar em um patamar diferenciado dos planos científico e tecnológico: o controle é ético" (GARRAFA, 2002, p. 16).

pela enfermidade potencialmente sanável pela clonagem terapêutica (ou simplesmente aquele que deseja prolongar uma vida produtiva e dotada de valor intrínseco e dignidade) é justificável diante do malefício causado ao embrião (que ainda poderia desenvolver-se e ter uma vida igualmente produtiva e dotada de valor intrínseco e dignidade), ou se, em casos tais, o princípio da não maleficência se sobreporia. É ainda pertinente questionar se seria moralmente válido “produzir” um embrião não com finalidade reprodutiva, mas como mero instrumento terapêutico¹³.

No que se refere à clonagem reprodutiva, maiores são os óbices do ponto de vista ético. É questionável que o princípio da beneficência possa ser evocado, na medida em que o clone não poderia ser necessariamente como uma perpetuação ou continuidade de sua matriz genética, na medida em que, em que pese a identidade genética ser parte componente da personalidade humana, não é possível reduzir a pessoa a seu patrimônio genético, havendo inúmeros elementos que afetarão o desenvolvimento de sua personalidade. É esta justamente a razão que permite igualmente questionar o princípio da não maleficência como potencialmente evocado contra a clonagem reprodutiva, na medida em que não são claros os malefícios produzidos à pessoa clonada, sendo os comumente apontados pouco mais que suposições. Neste sentido, Holland (2008, p. 262) afirma que o fato de saber ter sido clonado não poderia ser considerado em si um malefício na medida em que o clone, sob o ponto de vista genético, não difere do gêmeo, ou daquele que é fruto de um processo de fertilização *in vitro*, e não parece factível que tais situações sejam moralmente malélicas. Uma variação do argumento da maleficência estaria voltado aos inúmeros riscos que o processo de clonagem, ao menos no atual estado de arte, que poderiam produzir inúmeros fracassos e anomalias, até que se alcance um domínio satisfatório da técnica¹⁴. Tal tese, contudo, parece debilitar-se na medida em que haja o aperfeiçoamento do processo de clonagem, e pode ser contornada com regulamentação rígida que redunde no escalonamento seguro de etapas, minimização dos danos e responsabilização dos envolvidos. A valer o argumento, contudo, incorreríamos em um risco para todo o progresso científico, na medida em que este implica necessariamente num “desbravamento do desconhecido”, que envolve riscos compensados pelos benefícios proporcionados à sociedade como um todo.

Um possível argumento ético empregado contrariamente à clonagem humana reprodutiva seria o respeito à autonomia, na medida em que o indivíduo clonado poderia ter sua autonomia substancialmente restringida pelas características genéticas que lhe são imputadas, o que ao

¹³ A permissão conferida pela Lei de Biossegurança para pesquisa em células-tronco limita-se a embriões excedentes, logo aqueles que, tendo sido produzidos com finalidade reprodutiva, não foram insertos em um útero. Note-se que o referido instrumento não permite a produção de embriões para outros fins (dentre os quais, a clonagem), apenas o aproveitamento daqueles que não cumpriram sua finalidade procriacional originária.

¹⁴ Neste sentido, dentre outros, cf. (PESSINI; BARCHIFONTAINE, 2014, p. 319. HOLLAND, 2008, pp. 267-268).

menos induziria sua potencial história de vida. Novamente, contudo, é possível questionar o peso atribuído ao determinismo genético na formação da identidade de uma pessoa (CASADO, *In: MARTINS-COSTA*, 2009, p. 101). Desta maneira, o clone seria um instrumento (CASADO, *In: MARTINS-COSTA*, *cit.*, p. 101) dos projetos daquele que lhe serviu de matriz genética¹⁵.

Nota-se que a clonagem, seja em sua modalidade terapêutica, seja reprodutiva suscita dilemas significativos no campo ético, que envolvem percepções variadas e um tanto turvas, muitas das vezes permeadas por medos especulativos ou conservadorismos. Naturalmente não se retira razão para muitos destes temores e as polêmicas que envolvem o tema estão, ao menos em parte, ligadas ao estado ainda obscuro das técnicas envolvidas (o que em nada desmerece a importância da discussão). A maturação da reflexão no campo ético é de crucial importância para evitar uma reação precipitada da comunidade jurídica, que resulte em comandos jurídicos que, antes de lançar luzes ao debate, tornem-no mais obscuro.

Diante disso, passa a focar a questão sob o prisma do Direito, inicialmente com alguns instrumentos internacionais e uma análise sucinta do direito comparado.

4 A CLONAGEM HUMANA NO DIREITO COMPARADO

Em sede de Direito Comparado, as primeiras reações da comunidade jurídica internacional foram contrárias, tanto à clonagem terapêutica quanto à reprodutiva.

Nesse sentido, a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem), adotada em 11.11. 1997 pela 29ª sessão da Conferência Geral da UNESCO, estabelece o genoma humano como base da unidade fundamental do ser humano, bem como de sua dignidade inerente e dignidade, galgando-o a condição de patrimônio da humanidade (art.1º). Consagra o respeito à dignidade individual de todo ser humano, e a sua irreduzibilidade dos indivíduos a suas características genéticas (art.2º). Estabelece ainda um rol de direitos individuais e princípios norteadores (art. 5º) e estabelece normas sobre pesquisas sobre o genoma humano e cooperação internacional. Seu artigo 11 veda a clonagem de seres humanos como contrária à dignidade humana¹⁶.

¹⁵ HOLLAND (2008, p. 265) contesta o argumento da instrumentalização, afirmando que o mesmo deriva de uma compreensão equivocada da noção kantiana de dignidade, um vez que esta derivaria da capacidade racional de conformar a própria vontade à lei moral, e que o clone seria plenamente capaz de fazê-lo, tanto quanto um indivíduo nascido em circunstâncias naturais.

¹⁶ Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, art. 11: “Práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem de seres humanos, não devem ser permitidas. Estados e organizações internacionais

Da mesma forma, a Convenção Sobre Direitos Humanos e Biomedicina (1997), também conhecida como Convenção de Oviedo, adotada pelo Conselho da Europa em 04.07.1997, adverte em seu preâmbulo¹⁷ para o risco à dignidade humana proporcionado pelo mau uso da medicina e da biologia, pondo em risco o bem-estar dos seres humanos. O art. 1º reafirma a preocupação com a dignidade do homem e a proteção de sua integridade e seus direitos fundamentais em face dos avanços biomédicos¹⁸. Prescreve também, em seu art. 2º, a prevalência do bem-estar dos seres humanos sobre o interesse isolado da sociedade ou da ciência¹⁹. O documento prevê ainda normas referentes à pesquisa e manipulação em embriões humanos (art. 18), sendo vedada sua criação com fins de investigação, o que dificultaria sobremaneira as pesquisas destinadas ao desenvolvimento das técnicas de clonagem²⁰.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005), adotada por aclamação em 19.10.2005, pela 33ª Sessão da Conferência Geral da UNESCO, em seu art. 16²¹, determina uma reflexão a respeito do impacto das pesquisas biológicas sobre as gerações futuras, mormente no

competentes são chamados a cooperar na identificação de tais práticas e a tomar, em nível nacional ou internacional, as medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração”. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. Acesso em 25.06.2017.

¹⁷Preâmbulo: Os Estados membros do Conselho da Europa, os outros Estados e a Comunidade Europeia, signatários da presente Convenção: Considerando a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948; Considerando a Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950;

Considerando a Carta Social Europeia, de 18 de Outubro de 1961; Considerando o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 16 de Dezembro de 1966; Considerando a Convenção para a Protecção das Pessoas relativamente ao Tratamento Automatizado de Dados de Carácter Pessoal, de 28 de Janeiro de 1981; Considerando igualmente a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 20 de Novembro de 1989; Considerando que o objectivo do Conselho da Europa é o de realizar uma união mais estreita entre os seus membros e que um dos meios para atingir esse objectivo é a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; Conscientes dos rápidos desenvolvimentos da biologia e da medicina; Convencidos da necessidade de respeitar o ser humano simultaneamente como indivíduo e membro pertencente à espécie humana e reconhecendo a importância de assegurar a sua dignidade; Conscientes dos actos que possam pôr em perigo a dignidade humana pelo uso impróprio da biologia e da medicina; Afirmando que os progressos da biologia e da medicina devem ser utilizados em benefício das gerações presentes e futuras; Salientando a necessidade de uma cooperação internacional para que a Humanidade inteira beneficie do contributo da biologia e da medicina; Reconhecendo a importância de promover um debate público sobre as questões suscitadas pela aplicação da biologia e da medicina e sobre as respostas a fornecer a essas mesmas questões; Desejosos de recordar a cada membro do corpo social os seus direitos e as suas responsabilidades; Tomando em consideração os trabalhos da Assembleia Parlamentar neste domínio, incluindo a Recomendação n.º 1160 (1991) sobre a elaboração de uma convenção de bioética; Resolvidos a tomar, no âmbito das aplicações da biologia e da medicina, as medidas adequadas a garantir a dignidade do ser humano e os direitos e liberdades fundamentais da pessoa; acordaram no seguinte:

¹⁸Art. 1º: Objecto e finalidade: As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina. Cada uma das Partes deve adoptar, no seu direito interno, as medidas necessárias para tornar efectiva a aplicação das disposições da presente Convenção.

¹⁹Art. 2º: Primado do ser humano. O interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência.

²⁰Artigo 18.º: Pesquisa em embriões in vitro. 1 - Quando a pesquisa em embriões in vitro é admitida por lei, esta garantirá uma protecção adequada do embrião. 2 - A criação de embriões humanos com fins de investigação é proibida.

²¹Art. 16º: As repercussões das ciências da vida sobre as gerações futuras, nomeadamente sobre a sua constituição genética, devem ser adequadamente tomadas em consideração.

que tange a seu patrimônio genético o que, se não é proibitivo da clonagem, ao menos lhe impõe cautela quanto aos riscos envolvidos.

Mais explícita é a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, que veda em seu art. 3^{o22} a clonagem humana reprodutiva, silenciando quanto à terapêutica.

Em relação a legislação interna de alguns países, nos Estados Unidos, a clonagem humana para fins reprodutivos e terapêuticos é considerada crime federal, sendo punida com multa de até um milhão e até dez anos de prisão (DINIZ, 2014, p. 666).

Na Espanha, a clonagem terapêutica usando embriões excedentários que tenham ultrapassado a data de implantação e sido autorizada pelos “doadores” do material genético é permitida, sendo a clonagem reprodutiva vedada desde 1989 pela Lei de Reprodução Assistida, e criminalizada desde 1995, pelo Código Penal daquele país (NAMBA, 2009, p. 93).

Na Itália, a “*Assisted Medical Procreation Law*” proíbe a clonagem em seu art. 13^{o23}.

Em Portugal, a clonagem terapêutica não é permitida ou vedada por lei. A clonagem reprodutiva foi proibida pela Lei sobre Técnicas de Reprodução Assistida, de 2006, em seu art. 7^{o24}, e criminalizada em seu art. 36^{o25}.

²²Artigo 3.º: Direito à integridade do ser humano

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.
2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:
 - a) O consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei;
 - b) A proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas;
 - c) A proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro;
 - d) A proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

²³Art. 13: (Experimentation on human embryos) .

(...)

3. They are, however, prohibited:

- a) production of human embryos for research or experimental purposes or in any other than that provided by this Act;
- b) any form of eugenic selection for the purpose of gametes or embryos and interventions that, through breeding techniques, handling or otherwise using artificial processes, are intended to alter the genetic heritage of the embryo or gamete or to predetermine genetic characteristics, except assistance with diagnostic and therapeutic purposes, under paragraph 2 of this article;
- c) interventions cloning through nuclear transfer or embryo splitting or early ectogenesis is for procreation and research;
- d) fertilization of a human gamete with a gamete of different species and the production of hybrids or chimeras.

Disponível em: <http://www.ieb-eib.org/nl/pdf/loi-pma-italie-english.pdf>. Acesso em 26.06.2017.

²⁴Art. 7º: 1 - É proibida a clonagem reprodutiva tendo como objectivo criar seres humanos geneticamente idênticos a outros.

²⁵Artigo 36.º Clonagem reprodutiva

1 - Quem transferir para o útero embrião obtido através da técnica de transferência de núcleo, salvo quando essa transferência seja necessária à aplicação das técnicas de PMA, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

2 - Na mesma pena incorre quem proceder à transferência de embrião obtido através da cisão de embriões. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis. Acesso em 26.06.2017.

A Inglaterra, por sua vez, permite a clonagem terapêutica em seu *Human Fertilisation and Embryology Act*, de 1990. A clonagem reprodutiva, contudo, é vedada pelo *Human Reproductive Cloning Act*, de 2001 (NAMBA, 2009, p. 96).

Em resposta à decisão do Parlamento Britânico, a Resolução do Parlamento Europeu Sobre Clonagem, de 07.09.2000 repetiu suas considerações envolvendo o repúdio à clonagem humana, ocorridas em ocasiões anteriores²⁶.

Dos extratos acima percebe-se como aspecto comum uma proibição generalizada envolvendo a clonagem reprodutiva, ao passo que a clonagem terapêutica recebe tratamento diversificado. A seguir, será promovida uma análise de algumas possíveis repercussões da clonagem de acordo com o direito brasileiro.

5 REPERCUSSÕES JURÍDICAS DA CLONAGEM HUMANA E ABORDAGEM DO TEMA CONSOANTE O DIREITO CIVIL BRASILEIRO

No Brasil, as primeiras tentativas de disciplinar juridicamente o tema da clonagem humana surgiram da Lei 8.974/1996 (que veda a manipulação genética de células germinativas humanas e embriões humanos, o que, indiretamente, comprometeria a técnica de clonagem). Tal proibição foi explicitada na Instrução Normativa n. 8/97, da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), em seu art. 2º, II (MUNUARETTO *In*: BARBOZA, 2003, p. 18-19).

Atualmente, a disciplina jurídica da clonagem é dada pela Lei de Biossegurança (L. 11.105/2005, posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 5.591/05). O diploma legal define a clonagem em seu art. 3º, inc. VIII – X²⁷. O art. 6º, inc. IV, proíbe a clonagem humana, sem esclarecer se a vedação compreende todas as modalidades, ou somente alguma delas²⁸. Encontram-se ainda em tramitação no Congresso Nacional, dentre outros, os PL nº 2.811/97 – que proíbe experiências e clonagem em animais e seres humanos -, PL 1.499 – proíbe a manipulação de células ou embriões

²⁶“A primeira Resolução do Parlamento Europeu (16.03.1989) estipulava que a punição criminal era a única reação possível à clonagem humana. A Resolução de 11.3.1987 bania explicitamente a clonagem e requeria aos Estados-membros que adotassem medidas no sentido de punir criminalmente todas as violações à proibição (A Resolução de 28.10.93 já tinha proibido a clonagem de embriões humanos)” *Op. cit.*, p. 97.

²⁷Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)

VIII – clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética;

IX – clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;

X – clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;

²⁸ Art. 6º Fica proibido: (...)

IV – clonagem humana;

humanos para fins de experiências científicas -, PL 4.633/01 – que proíbe a experiência em seres humanos para fins de clonagem (MALUF, 2015, p. 246).

Namba (2009, p. 88) sustenta que apenas a clonagem reprodutiva estaria vedada pela Lei de Biossegurança, dado que a *mens legis* teria sido evitar somente esta, dado o temor de danos provocados durante estágios embrionários da pesquisa.

Interessante notar que a Resolução nº 196 do Conselho Nacional de Saúde – que disciplina normas sobre ética em pesquisa -, homologada em 10/10/1996 pelo Ministério da Saúde, em sua versão mais atualizada (2012) deixa a questão em aberto, quando determina o monitoramento pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa - CONEP/CNS/MS/CNS/MS, de protocolos de pesquisa envolvendo genética humana que impliquem em alteração da estrutura genética de células humanas para utilização *in vivo* (item IX.3, 1.3), reprodução assistida (item IX.3, 2.1) e manipulação de pré-embriões, embriões e feto (item IX.3, 2.2). Ao sujeitar tais pesquisas à supervisão do CONEP, a Resolução não veda expressamente pesquisas que possam implicar o desenvolvimento de técnicas de clonagem²⁹.

Sendo a clonagem humana uma possibilidade científica, cujos contornos ainda não estão claros, segue como uma consequência inevitável que desperte inúmeras perplexidades, especulações e questionamentos no campo do direito, conforme verificamos na seguinte passagem:

Se um clone humano vier a nascer, apesar da proibição legal (Lei n. 11.105/2005, art. 6º, IV), será ele pessoa ou coisa? Não há dúvida de que, apesar de ter sido criado em laboratório, será *pessoa*, por nascer, com vida, de uma mulher, tendo direitos e obrigações (CC, arts. 1º e 2º). Mas dúvidas levantar-se-iam, sob o prisma jurídico, na questão da clonagem: seus direitos estariam protegidos durante o processo de sua elaboração? Teria direito a um curador, como o nascituro? Como preencher os dados constantes na certidão de nascimento? Quais suas relações de parentesco? Quem seriam seus pais? Quem responderia por seus atos enquanto menor de idade ou incapaz civilmente, ou no caso de apresentar alguma malformação? Seria respeitado, para praticar atos da vida civil, quando atingisse a maioridade? Quais as consequências jurídicas do dano sofrido pelo clone em virtude da experiência genética? Teria ele direito a uma indenização por dano moral e/ou patrimonial? Como ficaria a questão dos direitos sucessórios do clone? De quem ele herdaria? Se o DNA é próprio da pessoa,

²⁹ Naturalmente, é possível extrair uma interpretação combinada da referida Resolução com a Lei de Biossegurança que mantenha a conclusão pela vedação à clonagem. É ainda igualmente possível questionar, sob um ponto de vista de hierarquia normativa, se a Resolução sob comento poderia se sobrepor ao disposto na Lei de Biossegurança.

quem seria seu titular: o clonado ou o clone? Se se admitisse o patenteamento do clone, ele não passaria a ser um objeto de direito? Se o fulcro da patenteabilidade é a intervenção humana, o interventor teria o direito de patente e então, o clone, ser humano, veria como dono de seu corpo outro ser humano, o interventor? O corpo de um pagaria direitos ao outro por ser sua obra? Os direitos do clone poderiam ser reclamados pelo interventor? Como resguardar seu direito à identidade genética e à imagem? Não seria a impressão dactiloscópica do clone idêntica à do clonado? Se o for, como o direito penal solucionaria um crime cometido por um deles, já que poderia punir o outro se não puder provar qual deles perpetrou o delito? (DINIZ, 2014, p.669).

Naturalmente, estas e outras questões permitem apenas tentativas de respostas que sejam coerentemente sustentáveis de acordo com uma visão sistemática do direito, despida de um criticável maniqueísmo (TEPEDINO, 2002, p. 51). Dado o recorte deste trabalho, serão abordados alguns temas envolvendo o direito civil.

A primeira e mais importante dúvida jurídica no campo da clonagem reprodutiva é saber se o clone é *coisa* ou *pessoa*. Indubitavelmente, o melhor caminho a seguir é considerá-lo como pessoa. Inexistem argumentos para sua reificação. O fato de ser produto do engenho científico humano, e não de um processo natural de fecundação em nada contraria a assertiva. Geneticamente, não há diferença entre um clone e gêmeos univitelinos, e nunca se questionou sobre a natureza humana destes. De igual modo, filhos havidos através de reprodução assistida homóloga ou heteróloga são igualmente fruto de um processo “artificial”, e sua natureza humana jamais foi questionada juridicamente. Sendo o nascido clone dotado da racionalidade inerente à condição humana, imperativo entendê-lo como pessoa. O contrário implicaria na restauração de um dualismo histórico das noções de “pessoa humana” e “ser humano”, incompatível com um ordenamento pautado pela vedação a qualquer forma de prática discriminatória³⁰.

Demarcado o *status* jurídico do clone como pessoa, de imediato se extinguem quaisquer tentativas de instrumentalizá-lo, como considerá-lo propriedade de sua matriz genética, ou do autor da intervenção com vistas a produzi-lo.

Questão mais tormentosa se refere a relação de filiação³¹. O clone seria filho daquele com quem possui patrimônio genético comum, ou dos pais desta pessoa, de quem, geneticamente, ambos

³⁰ Barreto (*In*: BARBOZA, 2003, p. 224) aponta como exemplos desta cisão as noções de escravos e homens livres, colonizadores e colonizados, dentre outras.

³¹ Neste sentido, interessantes indagações são trazidas por Maria Helena DINIZ (2014, p. 660): “As relações de parentesco dos clones seriam um grande problema jurídico. Se o clone é pessoa e não *res*, quem seriam seus pais? Seus pais genéticos seriam o homem e a mulher cujas células germinais formaram aquele que lhe doou o DNA? O clone seria filho dos pais do doador da célula, de quem seria irmão gêmeo? Sua mãe legal seria a que lhe deu à luz, por

derivam? Considerando que a base sobre a qual se assenta o direito de família contemporâneo é o afeto, relegando-se aos vínculos genéticos papel secundário na formação de laços familiares (naquilo que se convencionou chamar desbiologização do direito familista), o traço caracterizador da filiação deve ser a vontade procriacional daquele que opta por produzir a pessoa clonada. Adotando esta linha de entendimento, problemas ligados ao exercício do poder familiar, alimentos e direitos sucessórios encontrariam um mais fácil desate.

Importante aspecto envolve os direitos da personalidade do clone. Considerados estes como direitos humanos aplicáveis às relações *inter privatos*, constituindo um conjunto de aspectos individualizadores da pessoa humana, que permitem seu desenvolvimento integral e integrado, compreendendo, dentre outros atributos, a imagem, a privacidade, a integridade psicofísica e a identidade genética, necessária se faz a análise de alguns aspectos.

Inicialmente, o fato da pessoa clonada e de sua matriz genética possuírem identidade de genes resulta que terão patrimônio genético comum, bem como idêntica será sua imagem – ao menos a denominada *imagem reflexo*³². Se é verdade que os direitos da personalidade visam promover uma singularização da pessoa humana, a existência de alguns elementos em comum não contraria tal objetivo, na medida em que – novamente vem à baila a situação dos gêmeos univitelinos – tal singularidade é extraída de uma combinação de tais direitos, que vão muito além da imagem, ou mesmo do patrimônio genético, englobando outros aspectos que influenciarão nas características do indivíduo:

“O ser humano tem direito a ser geneticamente único e irrepitível; o clonado perderia esse direito, por ser o clone uma cópia física idêntica do clonado, no que atina a sua informação genética nuclear. Admitir o clone não seria negar o próprio eu, levando à destruição da identidade? O clone teria as mesmas características somáticas e a mesma suscetibilidade a certas enfermidades daquele que lhe cedeu o DNA. Mas será preciso esclarecer, mais uma vez, que a identidade genética não acarreta a dos caracteres comportamentais, oriundos da influência ambiental e do condicionamento social das ideias, ante os fatos de que viver é, forçosamente, um conviver e de que a sociedade nos cerca de todos os lados, socializando-nos e enculturando-nos. De forma que o pensamento e a atuação da conduta humana são socializados, condicionados pelas

ter cedido o útero durante a gestação? Ou seria aquela que concedeu a célula somática de onde o DNA foi retirado, ou ainda a que cedeu o óvulo cujo núcleo foi retirado e substituído pelo da célula somática? Uma mulher teria pai e seria 'filha' de seu avô? Como ficariam, na clonagem humana, estipuladas as relações de filiação ou de parentesco? Ter-se-ia de criar um novo conceito de maternidade ou de paternidade?”

³² Assim compreendida como o conjunto de traços físicos componentes da plasticidade da pessoa. Compõe, em conjunto com a *imagem atributo* – qualificação atribuída a tais traços pelo meio no qual a pessoa se insere – e a *imagem retrato* – captação da imagem por meios físicos ou virtuais – o direito à imagem *lato sensu*.

relações sociais. No agir, influenciam as tradições de determinados modos coletivos de vida; as necessidades presentes; as crenças religiosas; as convicções morais; as ideias políticas; as circunstâncias de ordem demográfica, climática, educacional; os interesses econômicos; os sentimentos familiares etc. Se assim é, o homem, clonado ou não, agirá de conformidade com seu temperamento, hereditariedade e educação (DINIZ, 2014, p. 656).

Naturalmente que, sendo pessoa, o clone possuiria direito à preservação de sua integridade psicofísica, o que vedaria de forma absoluta a utilização de partes de seu corpo, ou sua exploração para fins almejados por seu criador. Quanto à sua integridade psíquica, a Constituição brasileira veda toda e qualquer forma de discriminação, o que englobaria o direito a não ser discriminado em virtude de sua origem genética³³.

Quanto ao conhecimento de sua origem – em que pese o temor, já mencionado em HABERMAS, de que ela comprometesse psicologicamente o indivíduo -, parece que o melhor entendimento é aquele que assegure a ser clonado o direito ao conhecimento de sua origem genética.

Há ainda a responsabilização por danos físicos e malformações em pessoas clonadas, risco este que se torna mais potencializado em estágios em que a técnica procedimental não esteja suficientemente desenvolvida. Neste particular aspecto, quer parecer que se deva adotar a mesma linha intelectual utilizada para a pesquisa científica em geral. Não parece juridicamente correto responsabilizar aquele que cede seu material genético, devendo arcar com os danos exclusivamente o agente da pesquisa. Entendemos que tal responsabilidade seja objetiva, fundamentada na teoria do risco extremado, somente podendo elidir-se o autor do procedimento/pesquisa em casos em que o dano se deva a uma própria característica do material genético utilizado, não relacionada à técnica empregada.

Quando o enfoque deixa a clonagem reprodutiva para adentrar ao campo da clonagem terapêutica, a questão central passa a ser o *status* jurídico do embrião e do pré-embrião.

Uma vez que este seja considerado como pessoa, a clonagem para fins terapêuticos passa a apresentar dificuldades para compatibilizar-se com nosso ordenamento jurídico, dado que implicaria na instrumentalização absoluta da pessoa humana, unicamente para fins de obtenção de benefícios ao indivíduo-matriz.

³³ Interessante concepção é apresentada por Namba (2009, p. 87), para quem a ideia de clonagem envolveria não só o aspecto de vedação à discriminação, como ainda protegeria o direito à diversidade genética.

Não parece ter sido esta, contudo, a orientação adotada pela Lei de Biossegurança, na medida em que admite a pesquisa que utilize embriões excedentários, desde que preencham os requisitos legalmente exigidos (sua imprestabilidade para produzir um ser humano viável, ou sua criopreservação há mais de três anos). Há que se notar que os contornos da lei, se não obstam textualmente a utilização de pré-embriões para clonagem terapêutica, parecem ao menos impedir que se produzam embriões com tal desiderato, podendo ser utilizados somente os excedentes de uma tentativa de fertilização *in vitro*.

Na medida em que não se considere o pré-embrião como pessoa, a clonagem terapêutica, muito embora possa apresentar alguns dilemas éticos já discutidos no que se refere aos limites para o exercício válido do desejo de prolongar a própria vida, não oferece maiores dificuldades sob o ponto de vista jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Está-se assistindo neste início de milênio a um período histórico de caráter profundamente transitório. Isto é, uma etapa de mudanças em relação à forma de como encarar e explicar a realidade. É possível também, como afirma Gracia, que se esteja fornecendo as bases para a o estabelecimento de um novo paradigma de futuro. O certo é que, simultaneamente, essa tensão que é vivida e sofrida pelos seres humanos, faz com que se rompa e se afaste do tempo antecedente, dos modelos ainda em vigor mas precedentes, para que se vislumbre um outro caminho numa direção cujo fim ainda se configura desconhecida em sua plenitude.

Por suposto, um tal processo não se estabelece como nenhuma novidade. Ao contrário, reafirma, por exemplar, o que já se afigurara também na época do Renascimento e do Iluminismo, que estabeleceu uma profunda e irreversível quebra em relação ao passado. É época em que foi decididamente aberto o acesso à Modernidade, com o progressivo desenvolvimento do conhecimento racional, cristalizado nas ciências empíricas, matemáticas, física, química, a própria biologia etc. Assim, a partir de agora já é possível entrever que, por exemplo, as possibilidades da informática e da biotecnologia são tão impressionantes que o futuro se configura como um oceano imenso, de contornos e limites imprecisos, salpicado de incertezas, possibilidades, riscos e ao mesmo tempo de excitantes expectativas.

Nunca é demais lembrar que a condição humana é, em si, incompatível com a certeza e a segurança absoluta. Daí a importância do aporte bioético para promover e propiciar um uso responsável da aplicação do conhecimento.

A moderna intervenção tecnológica do homem, ao alterar tão radicalmente a biosfera, tornou-se responsável pela nova situação que se nos depara: agora já nem a "natureza" nem a "natureza humana" podem ser encarados como dados últimos e imutáveis para sobre eles se proceder a uma avaliação ética dos efeitos da ação tecnológica.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas**. 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

BARRETO, Vicente de Paula. A Ideia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena et. all. **Novos Temas de Biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

CASADO, Maria. Clonagem Uma Questão de Responsabilidade. In: MARTINS-COSTA, Judith et. all. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: FORENSE, 2009.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Prudenzi. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana – A Teoria e a Prática da Igualdade**. Trad. Jussara Simões. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Domínio da Vida**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FELDHAUS, Charles. O futuro da natureza humana, de Jürgen Habermas: um comentário. In: **E t h i c @** , v . 0 4 , n . 0 3 . Disponível em : <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/issue/view/1676>> Acesso em: 16.12.2020°.

GARRAFA, Volnei. Crítica bioética a um nascimento anunciado. **Parcerias Estratégicas**, v. 7, n. 16, p. 115 - 123, out. 2002. Disponível em : <http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/view/220> Acesso em 16.12.2020.

GRACIA, Diego. **Pensar a Bioética- metas e desafios**. Trad. Carlos Alberto Bárbaro. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010.

HABERMAS, Jurgen. **O Futuro da Natureza Humana**. Trad. Karina Jannini. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HOGEMANN, Edna Raquel . **Conflitos Bioéticos - Clonagem Humana - 2ª Ed.** RJ: Saraiva, 2013.

HOLLAN, Stephen. **Bioética: enfoque filosófico**. Trad. Luciana Prudenzi. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: MARTIN CLARET, 2008.

KLEVENHUSEN, Renata Braga; RICCOBENE, Bianca. Estatuto Jurídico do Embrião Humano e a Lei de Biossegurança: Aportes Críticos aos Votos Proferidos no Julgamento da ADI 3510. In: KLEVENHUSEN et. all., **Direito Público& Evolução Social**. 2ª série. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas. **Curso de Bioética e Biodireito**. 3ª ed., São Paulo; ATLAS, 2015.

MUNUARETTO, Eduardo. Clonagem Humana: Realidade ou Utopia? Alguns aspectos técnicos, éticos e jurídicos. In: BARBOZA, Heloísa Helena et. all. **Novos Temas de Biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2003.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo; ATLAS, 2009.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de P. **Problemas Atuais de Bioética**. 11ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

SANTORO, Luciano de Freitas. Morte Digna. **O direito do paciente terminal**. Curitiba: JURUÁ, 2012.

SCHNEEWIND, J. B. Autonomia, obrigação e virtude: Uma visão geral da filosofia moral de Kant. In: GUYER, Paul, et. al., **Kant**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. 2ª ed., Aparecida/SP: Editora Ideias & Letras, 2009.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética: Fundamentos e ética biomédica**, v. I. trad. Orlando Soares Moreira. 4ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. Clonagem: Pessoa e Família nas relações do direito civil. In: **Revista CEJ Brasília**, n. 16, jan.mar. 2002. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/view/article/view/449/630>. Acesso em 01.07.2019.

VIEIRA, Mônica Silveira. **Eutanásia. Humanizando a Visão Jurídica**. Curitiba, JURUÁ, 2012.

U.S. Congress, National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioural Research, “**The Belmont Report: Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research**”, Washington: Government Printing Office, 1979. Disponível em: http://www.fda.gov/ohrms/dockets/ac/05/briefing/20054178b_09_02_Belmont%20Report.pdf. Acesso em 23.06.2019.

Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>. Acesso em 25.06.2017.

Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>. Acesso em 25.06.2019.

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos UNESCO, disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 26.06.2019.

Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A12012P%2FTXT>. Acesso em 26.06.2019.

Congresso Nacional. Lei 11.105/2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em 02.07.2019.

Conselho Nacional de Saúde. Res. 196/96, versão 2012. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/web_comissoes/conep/aquivos/resolucoes/23_out_versao_final_196_ENCEP2012.pdf. Acesso em 02.07.2019.

O REGIME INTERNACIONAL DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E AO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO: UMA ANÁLISE DA CONFORMAÇÃO DO BRASIL ÀS NORMAS INTERNACIONAIS

Elisa Lobo Pereira¹

RESUMO: Com o advento da globalização o crime adquire uma nova dimensão: a transnacional. É nesse sentido que os Estados buscam meios de cooperação internacional com o objetivo de atingirem uma persecução criminal eficaz. Nesse seguimento, a presente pesquisa, busca analisar o comportamento do Brasil diante do regime internacional do combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Por isso, serão demonstradas e analisadas suas principais normas em termos de *hard law* e *soft law* nesse âmbito, preconizando sua conformação às convenções internacionais e adequação às normas e avaliações do Grupo de Ação Financeira Internacional.

Palavra chaves: Cooperação internacional, Convenções Internacionais, GAFI, Lavagem de Dinheiro, Terrorismo.

ABSTRACT: With the advent of globalization, crime takes on a new dimension: transnational. It is in this sense that States seek means of international cooperation with the aim of achieving effective criminal prosecution. In this context, this research seeks to analyze Brazil's behavior in the international regime to combat money laundering and terrorist financing. For this reason, its main standards in terms of hard and soft law in this area will be demonstrated and analyzed, advocating their conformity to international conventions and the adequacy to the standards and evaluations of the International Financial Action Group. Key words: International cooperation, International Conventions, FATF, International Regimes, Money Laundering, Terrorism.

Key words: International cooperation, International Conventions, FATF, Money Laundering, Terrorism.

INTRODUÇÃO

Este artigo se propõe analisar a atuação do Brasil no regime internacional de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Para tanto foi estruturado em quatro seções. Primeiramente, será demonstrada a configuração da globalização do crime e como essa modalidade de delitos modifica a interação dos Estados e as instituições internacionais.

¹ Graduada em Relações Internacionais e Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Relações Internacionais pela mesma instituição com bolsa da CAPES.

Por conseguinte, por serem objeto de análise dessa pesquisa, serão explanados os conceitos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo e realçadas suas principais convergências e dissemelhanças.

Além disso, as últimas duas seções abrangerão as principais normas do regime de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo as quais o Brasil se submete dando ênfase as convenções internacionais e as normas advindas do Grupo de Ação Financeira Internacional. Ademais, a última seção dará enfoque a conformação do Brasil às normativas advindas desse grupo.

Por fim, a última parte, são as considerações finais, onde serão expostas as conclusões do trabalho.

1 A GLOBALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO CRIME

De acordo com Giddens (1991, p. 69), o conceito de globalização pode ser definido como: “A intensificação de relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distância e vice versa”. Isto posto, Werner (2009) assevera que esse fenômeno modificou a interação dos Estados e a natureza das instituições na política internacional. Portanto, observa-se que, com a globalização, as demandas nacionais estão se unificando com as internacionais, propiciando um ambiente sem fronteiras no que se refere aos aspectos econômicos, sociais, culturais ou políticos (GUIDDENS, 1991, WERNER, 2009).

Por conseguinte, com o advento da globalização e a intensificação da conexão entre os países, houve uma mudança estrutural em vários segmentos da vida social, entre eles o da criminalidade. Assim, o avanço tecnológico e a sociedade globalizada fizeram surgir um novo tipo de criminalidade que não se restringe a fronteiras. É, nesse sentido, conforme Lima (2013, p. 121), que também abre-se uma “(re)leitura de clássicos conceitos como os de soberania e Estados Nacionais.” Por isso, com a persecução criminal cada vez mais complexa, os Estados precisam se reunir em busca de medidas preventivas e repressivas para combater os delitos que se tornam cada vez mais internacionais e a nova classe de criminosos que estão adstritos à macrocriminalidade (RASSI, 2011, BRIZZI, 2008).

Castells (2000), aborda essa internacionalização dos delitos, como uma nova forma de globalização organizacional do crime, que se materializa em grandes máfias, de base étnico-tradicional que agem de forma conjunta e celebram acordos com o intuito de exercer ocupações de mercado e redução de custos, objetivando uma maior invulnerabilidade. Destarte, em um contexto de macrocriminalidade, “a criminalidade tradicional, calcada num ideário

interindividual, cede espaço a formas de delinquência que atingem bens jurídicos supraindividuais, a exemplo do crime organizado, do terrorismo, das fraudes fiscais, do branqueamento de dinheiro, entre outras” (LIMA,2013, p. 149). Portanto, para cumprir o objetivo do presente estudo, será dado enfoque ao estudo de dois crimes transnacionais: a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo.

1.1 Lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo: conceitos

A Lavagem de dinheiro possui como principal objetivo atribuir legalidade a fundos e recursos provenientes de fontes ilegais. Por isso, ao dinheiro oriundo de atividades ilícitas é dada aparência lícita (LASMAR, 2019; FLETES, 2020). Nesse liame, o branqueamento de capitais ocorre por meio de três principais etapas: colocação, ocultação, reintegração (LASMAR, 2019, MENDRONI, 2018).

A colocação possui como finalidade inserir ganhos ilícitos no mercado financeiro sem que as autoridades percebam. É nesse estágio que os recursos ilícitos podem ser aplicados no sistema financeiro ou transferidos para outro locais, sendo introduzidos montantes em espécies de menor valor. Algumas das principais técnicas de colocação se concernem em: “depósitos estruturados no sistema financeiro, smurfing, compra de propriedades.” (LASMAR,2019, p.138). Além disso, quando há a transferência em dinheiro (em espécie) ela é aplicada em atividades que trabalham com o dinheiro “vivo”, sendo posteriormente o montante remetido aos bancos por meio de depósitos. Ademais, é essa a fase mais vulnerável do processo (LASMAR, 2019; MENDRONI, 2018).

A ocultação possui como objetivo afastar a fonte de ilegalidade dos recursos colocados no sistema financeiro. Para se alcançar tal finalidade são realizadas diversas transações financeiras, conversões e movimentações com o objetivo de desatrelar o dinheiro de sua origem ilícita. “Geralmente, o dinheiro é movimentado de forma eletrônica, transferido para contas anônimas e, preferencialmente, em países amparados por lei de sigilo bancário” (MENDRONI,2018, p.71). Outrossim, “São usadas técnicas como conversão dos fundos em notas de alto valor, exportação de divisas, transferências complexas, depósitos múltiplos, revenda de propriedade, antiguidades, obras de arte, etc” (LASMAR,2019, p.139). Assim, são criadas diversas camadas desde a origem dos recursos, o que incorre um difícil rastreamento da ilicitude de tais recursos (LASMAR, 2019; MENDRONI, 2018).

Por fim, a reintegração se caracteriza pela utilização dos ganhos obtidos com a atividade criminosa como “investimentos, bens ou recursos, financiamento de vida luxuosa, presentes, etc” (LASMAR,2019, p.139). Ademais, conforme Mendroni (2018), por já terem sofrido outras duas

etapas, nesta terceira os fundos ilícitos se tornam difíceis de detectar e ganham uma aparência “limpa” sendo incorporado ao sistema financeiro em setores regulares da economia (MENDRONI, 2018).

Por outro lado, enquanto a lavagem de dinheiro preocupa-se em camuflar a origem ilícita de seus recursos, o financiamento do terrorismo objetiva o financiamento das atividades terroristas, podendo estas fontes serem lícitas ou ilícitas (FLETES, 2018). Há que se destacar também que tais fundos adquiridos pelos terroristas não custeiam apenas os ataques, sustentam custos e atividades também não diretamente ligadas aos ataques, sendo divididos em três categorias: “financiamento de operações terroristas, financiamento de custos individuais/organizacionais e uso ou a guarda de bens por um terrorista/organização terrorista para quaisquer finalidades não diretamente relacionadas com sua atividade-fim” (LASMAR, 2019, p.140).

Com isso, depreende-se que existem semelhanças entre a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo. Primeiramente, as duas práticas são ilegais e se utilizam do sistema financeiro para obterem êxito. Segundo, ambas movimentam bens e recursos financeiros. Terceiro, em ambos os delitos há a tentativa de ocultação da origem e destinação dos bens. Por fim, nos dois processos ocorrem as três etapas de colocação, ocultação e reintegração (LASMAR, 2019).

Todavia, como diferenças pode-se destacar que enquanto a lavagem de dinheiro objetiva o lucro, o financiamento do terrorismo objetiva a propagação de sua ideologia. Outro ponto importante é que o financiamento do terrorismo opera com altas transações de baixo valor diferentemente da lavagem de dinheiro. Por fim, conforme já explanado, enquanto a lavagem de dinheiro sempre possui origem ilícita, no financiamento do terrorismo poderá haver fontes lícitas de recursos, visto que, seu objetivo principal concerne em ocultar o destino dos recursos (LASMAR, 2019).

Visto o contexto de globalização do crime e o caráter transnacional da lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo que pode se espalhar por diferentes países, depreende-se que para um persecução criminal eficaz, faz-se necessária a reunião dos Estados para definir medidas de prevenção e combate a tais crimes. Por isso, a próxima seção demonstrará a atuação do Brasil no regime internacional de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. Para isso, abrangerá alguns dos principais compromissos normativos assumidos pelo país em termos de *hard law*: tratados e convenções internacionais juridicamente vinculantes e *soft law*: regras e princípios juridicamente não vinculantes internalizados pelos Estados, dando ênfase as normas dispostas pelo Grupo de ação Financeira Internacional.

2 O REGIME INTERNACIONAL DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E FINANCIAMENTO DO TERRORISMO NO BRASIL

2.1 As principais Convenções Internacionais assinadas pelo Brasil lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo

No que se refere as convenções internacionais que vinculam o Brasil no âmbito do combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, podem-se destacar quatro principais: a Convenção de Viena, a Convenção de Palermo, Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, Convenção de Mérida.

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, também conhecida como Convenção de Viena, foi promulgada no Brasil no dia 11 de novembro de 1990. Essa Convenção foi o marco da atuação da ONU no que se refere à lavagem de dinheiro e criminalização desse delito. Dessa forma, tal instrumento estabelece padrões para privar as organizações criminosas do produto de suas atividades ilícitas, além de fomentar a cooperação jurídica internacional (ANSELMO, 2010; BRASIL, 1991). Com isso, Anselmo (2010, p. 359-60), aduz que os principais pontos abordados na Convenção de Viena foram:

- a) Obrigação de incriminar penalmente a lavagem de dinheiro procedente do narcotráfico;
- b) Cooperação internacional para facilitar as investigações internacionais;
- c) Facilitação a extradição para os assuntos de lavagem assim como o confisco internacional dos bens dos narcotraficantes;
- d) Facilitação de cooperação nas investigações administrativas;
- e) Investigações judiciais referentes à cooperação internacional que não devem ser impedidas pelo sigilo bancário. (ANLSEMO,2010, p. 359-60)

A segunda Convenção importante nesse âmbito é Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo – que entrou em vigor no Brasil em 28 de fevereiro de 2004. De acordo com Caparrós (2006, p. 31 apud ANSELMO, 2010 p.361) a Convenção de Palermo foi uma “evolução natural” da Convenção de Viena. Além disso, a referida Convenção abordou os principais aspectos de crime transnacional, ampliou o rol de crimes antecedentes à lavagem de dinheiro e ainda estabeleceu diretrizes para criação de unidades de inteligência (BRASIL,2014). Dessa maneira, segundo Anselmo (2010, p.361) as

principais medidas apontadas nessa convenção foram:

- a) Cooperação e intercâmbio internacional de informações entre autoridades administrativas, de regulamentação, detecção e repressão;
- b) Medidas de detecção e monitoramento de movimentos transfronteiriços de dinheiro;
- c) Adoção de medidas antilavagem adotadas pelos órgãos regionais e internacionais;
- d) Desenvolvimento de cooperação internacional;
- e) Estabelecimento pelas instituições financeiras de um amplo regime interno de regulamentação e supervisão; e
- f) Manutenção, pelas instituições financeiras, de controle dos requisitos relativos a identificação do cliente, o estabelecimento de registros e a denúncia das transações suspeitas.

Portanto, a referida convenção ampliou as formas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro se alicerçando em novas estratégias internacionais, “estendendo o combate para outras formas de crime organizado além do narcotráfico, ampliando o objeto material do delito”. (ANSELMO,2010, p. 361)

A terceira Convenção Internacional, que também é relevante salientar, é a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo que entrou em vigor internacional em 10 de abril de 2002. Essa convenção possuiu como objeto a necessidade dos terroristas em arrecadar recursos para financiar suas organizações e atentados (ANSELMO,2010). Portanto, os principais pontos da Convenção foram:

- a) Obrigação de reprimir penalmente o financiamento do terrorismo;
- b) Obrigação das instituições financeiras de monitoramento das operações financeiras;
- c) Monitoramento do transporte do dinheiro em espécie;
- d) Mecanismos de intercâmbio seguro e rápido de informações entre órgãos e países;
- e) Reforço dos mecanismos de confisco de ativos e de ajuda judicial mútua que permitam o levantamento do segredo bancário e fiscal. (ANSELMO, 2010, p.360)

Cabe destacar também que o preâmbulo dessa convenção trata o financiamento do terrorismo como uma preocupação da comunidade internacional e relaciona a ocorrência de atentados a captação de financiamento para realizá-los. Dessa forma, as normas adotadas para banir tal delito se assemelham as adotadas pelas convenções anteriormente citadas com medidas de intensificação da cooperação internacional, monitoramento de transações no sistema financeiro e mecanismos de controle de ativos. Além disso, tal Convenção também prediz que a legislação interna do países deverão adotar medidas de identificação, congelamento e embargos de bens que possuam como fim o financiamento.

Outra Convenção que interessa a esse trabalho é a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida - que entrou em vigor no Brasil em 14 de dezembro de 2005. Essa Convenção possuiu como objetivo principal atacar a corrupção como financiadora das organizações criminosas e sua infiltração retirando parte de seus recursos em estatais. Além disso, ela tornou a lavagem de dinheiro crime autônomo, não necessitando mais de um rol de delitos antecedentes para sua configuração (ANSELMO, 2010; OLIVEIRA, 2020).

Semelhante as outras Convenções, a de Mérida, também endossou medidas para criminalização da lavagem de dinheiro e reforçou a cooperação internacional, “como assistência legal mútua na coleta e transferência de evidências, nos processos de extradição, e ações conjuntas de investigação, rastreamento, congelamento de bens, apreensão e confisco de produtos da corrupção” (UNODC, 2020). Além disso, reconheceu a corrupção como um crime transnacional (BRASIL, 2006).

Explanadas as principais convenções internacionais no que diz respeito à lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, serão apresentadas na próxima seção as normas juridicamente não vinculantes as quais o Brasil aderiu. Portanto, será dado destaque ao importante organismo internacional que se mostra extremamente relevante para execução desse trabalho: o Grupo de Ação Financeira Internacional.

2.2 O GAFI e seu protagonismo na implementação de padrões no combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo

O Grupo de Ação Financeira (GAFI) é um organismo intergovernamental independente, criado em 1989, que elabora e promove políticas para proteger o sistema financeiro mundial do branqueamento de capitais, do financiamento do terrorismo e do financiamento da proliferação de armas de destruição em massa (GAFI,2013).

O GAFI é reconhecido como o foro de maior relevância em discussões internacionais no que tange a lavagem de dinheiro e ao financiamento ao terrorismo, sendo sua relevância já reconhecida no sistema internacional (BRASIL, 2020). Nesse liame, a principal função do Grupo de Ação Financeira é:

(...) definir padrões e promover a efetiva implementação de medidas legais, regulatórias e operacionais para combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação, além de outras ameaças à integridade do sistema financeiro internacional relacionadas a esses crimes. em colaboração com outros atores internacionais, o GAFI também trabalha para identificar vulnerabilidades nacionais com o objetivo de proteger o sistema financeiro internacional do uso indevido. (GAFI,2012, p.5)

Além do exposto, o Grupo possui dois tipos de avaliações periódicas dos Estados membros: a de conformidade e a de eficácia. Assim, enquanto a primeira objetiva avaliar a conformidade da ação dos Estados com as recomendações que o GAFI dispõe, a segunda visa conferir qual o impacto das medidas adotadas ante a implementação das recomendações (GAFI, 2012). Portanto, no que se refere a avaliação de conformidade, o GAFI possui quarenta recomendações para o combate à lavagem de dinheiro e nove recomendações especiais para o combate ao financiamento ao terrorismo (BRASIL,2020), que são baseadas em:

- a) identificar os riscos e desenvolver políticas e coordenação doméstica;
- b) combater a lavagem de dinheiro, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação;
- c) aplicar medidas preventivas para o setor financeiro e outros setores designados;
- d) estabelecer poderes e responsabilidades para as autoridades competentes (por exemplo: autoridades investigativas, policiais e fiscalizadoras) e outras medidas institucionais;
- e) aumentar a transparência e a disponibilidade das informações sobre propriedade de pessoas jurídicas e de outras estruturas jurídicas;
- f) facilitar a cooperação internacional. (GAFI,2012, p.5)

Em consonância ao exposto, de acordo Corrêa (2013), as recomendações supracitadas legitimam e reforçam seu caráter vinculante por referenciar as Convenções da ONU, além de impulsionar sua efetiva implementação. Ainda, o autor menciona que, as recomendações exercem uma pressão benigna sobre os membros e não membros a fim de ser atingido o objetivo de combate e prevenção dos crimes aqui tratados. Outro fator, também relevante tratado pelo autor, é que o GAFI é um fenômeno raro, visto que, os Estados sempre foram resistentes em aderir a regimes que interferissem em sua esfera criminal e de segurança pública, já que isso interfere diretamente em sua soberania.

Já no que tange a avaliação de eficácia, o GAFI possui também metodologia própria com parâmetros para avaliar a eficácia das medidas tomadas pelos Estados-membros frente as recomendações dispostas. Esse sistema de avaliação de eficácia se baseia em onze resultados imediatos, sendo que cada um deles representa objetivos importantes que o sistema financeiro doméstico deve alcançar. Dessa forma, conforme esses resultados, os países-membros devem implementar dispositivos que abarquem a compreensão dos riscos de cada país no combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Além disso, os Estados por meio da cooperação devem trocar informações para que sejam promovidas ações no combate ao crime com acompanhamento, investigação, aplicação de medidas preventivas e sanções em caso de descumprimento de conduta no combate aos crimes mencionados.

A partir desses parâmetros de eficácia, as medidas dos Estados-membros serão classificadas como: alto nível de eficácia; significativo nível de eficácia; moderado nível de eficácia; e baixo nível de eficácia, tendo por base o alcance obtido pelo resultado imediato (GAFI,2013). Portanto, as avaliações da conformidade e da eficácia do Grupo de Ação Financeira Internacional “constituirão uma análise integrada na medida em que o país cumpre os padrões do GAFI e do seu sucesso na manutenção de um sólido sistema anti-branqueamento de capitais e de combate ao financiamento do terrorismo” (GAFI,2013, p.4).

3 A CONFORMAÇÃO DO BRASIL DIANTE DAS NORMAS DO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E AO FINANCIAMENTO AO TERRORISMO DISPOSTAS PELO GAFI.

Apesar do GAFI ter surgido em 1989, o Brasil somente ingressou na organização de maneira formal em 1999 juntamente com Argentina e México. Nessa mesma época, o Brasil também firma compromissos internacionais no combate à lavagem de dinheiro e se integra à Convenção de Viena contra o tráfico de drogas (1998), Convenção de Palermo (2004), Convenção da OEA sobre corrupção (1996), Convenção sobre corrupção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE (1997). Assim, após sua adesão, o Brasil como membro

pleno do GAFI, se submete ao processo de avaliação periódico do grupo e já passou por três rodadas de avaliação, tendo na terceira relatório aprovado em 2010 (IPDL, 2019).

Diante dessa avaliação ocorrida em 2010, por meio de seu relatório, é possível perceber que o Brasil obteve progresso em medidas no combate e a prevenção à lavagem de dinheiro e ao terrorismo, tais como: a criação de um projeto de lei que criminalizava o terrorismo; implementação de tribunais especializados em casos de crimes financeiros e a mitigação do risco e alinhamento dos requisitos internacionais por parte do governo brasileiro.

Entretanto, também foram detectadas falhas e foram recomendadas formas de correção das mesmas. Foram destacadas no relatório a necessidade de criminalização do terrorismo alinhada com os requisitos internacionais, necessidade de dar continuidade ao aprimoramento dos tribunais especiais e melhorar sua capacidade de aplicar sanções pelo branqueamento de capitais, implementar leis que garantam medidas de congelamento conforme o Conselho de Segurança das Nações Unidas, ampliar obrigação de transporte físico transfronteiriço de moeda e aumentar supervisão de instituição financeiras não bancárias.

Todavia, após tais apontamentos, foram feitas algumas mudanças substanciais na postura do Brasil para solucionar as falhas apontadas pelo último relatório do GAFI. Primeiro, foi promulgada em 2012 a lei 12.683 que excluiu o rol de infrações penais que seriam consideradas antecedentes à lavagem de dinheiro e objetivou tornar mais eficiente a persecução penal desse delito. Anteriormente, a lavagem só se configurava como crime se houvesse crimes antecedentes como: “como tráfico de drogas, terrorismo, contrabando de armas, sequestro, crimes praticados por organização criminosa e crimes contra a administração pública e o sistema financeiro” (IBCRIM,2012). Agora, a lavagem de dinheiro ganha uma amplitude que pode gerar maiores condenações penais nesse âmbito.

Foi promulgada também a lei 13.260/2016 que proíbe o terrorismo e seu financiamento e também disciplina o conceito de terrorismo e trata de disposições investigatórias e processuais desse tipo de delito. Essa legislação surge em resposta a falha apontada pela avaliação do GAFI (2010) de que o Brasil não havia criminalizado o financiamento do terrorismo de maneira consistente com os requisitos internacionais. Dessa maneira, o Brasil tipifica o crime de terrorismo como:

O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. (BRASIL,2016)

Outra inovação importante foi a promulgação da lei nº 13.810, de Março de 2019 que dispõe sobre o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Essa legislação revoga e aprimora a lei 13.170, criando mecanismos de executoriedade imediata do cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, incluída a indisponibilidade de ativos de pessoas naturais e jurídicas e de entidades, e a designação nacional de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados (BRASIL, 2019). Essa legislação surge em resposta à recomendação do GAFI que dispõe que o Brasil deve garantir que o confisco seja perseguido sistematicamente; implementar leis e procedimentos eficazes para tomar medidas de congelamento de acordo com as resoluções relevantes do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Por fim, cabe ressaltar recentes alterações advindas com a Lei nº 13.974 /2020 que fez com que o Coaf funcionasse como uma autoridade independente, somente com vínculo administrativo com o Banco Central. Além disso, houve a Circular do Banco Central nº 3.978 /2020 que aprimorou o arcabouço de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, trazendo uma política, procedimentos e controles internos a serem adotados pelas entidades supervisionadas (BRASIL, 2021).

Além desses avanços, faz-se mister salientar um episódio recente no qual o GAFI alertou o Brasil sobre uma possível regressão no combate à lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. Em julho de 2019, o presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Dias Toffoli, determinou a suspensão nacional de todos os processos judiciais em andamento no país que versavam sobre o compartilhamento, sem autorização judicial e para fins penais, de dados fiscais e bancários de contribuintes. (BRASIL,2019). Portanto, foram suspensos, “inquéritos e procedimentos de investigação criminal atinentes aos Ministérios Públicos Federal e estaduais que foram instaurados sem a supervisão do Poder Judiciário e de sua prévia autorização sobre os dados compartilhados pelos órgãos de fiscalização e controle (Fisco, Coaf e Bacen)” (BRASIL,2019). Assim, o GAFI, por meio de seu presidente Xiangmin Liu, manifestou em nota sua preocupação e alertou o país:

O GAFI expressa suas sérias preocupações quanto à capacidade do Brasil de cumprir os padrões internacionais e combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo resultantes da limitação imposta por uma recente decisão provisória liminar emitida por um juiz do Supremo Tribunal Federal sobre o uso de inteligência financeira em investigações criminais. (MARAGNO,2019)

Após esse alerta, em novembro de 2019, houve novamente o julgamento sobre a questão e foi considerado legal o compartilhamento de dados entre os órgãos de inteligência financeira e Ministério Público. Tendo inclusive o Ministro Dias Toffoli, presidente do Supremo Federal, tendo modificado seu voto e fazendo menção as recomendações do GAFI. Assim, nesse segundo julgamento sobre o tema foi considerado válido o compartilhamento de dados bancários e fiscais obtidos pela Receita Federal e pelo COAF com órgãos de investigação como o Ministério Público, sem a necessidade de autorização prévia do judiciário (BRASIL,2019).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante a pesquisa, foi observado que com a globalização a criminalidade ganha cada vez mais contornos internacionais, por isso, os Estados necessitam se reunir para elaborarem estratégias no combate a esses delitos. Nesse sentido, na presente análise, viu-se que a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo são exemplos contundentes de crimes transnacionais que precisam de estratégias conjuntas de combate no sistema internacional. É nesse liame, que a cooperação internacional e os regimes internacionais se tornam imprescindíveis para que os Estados consigam uma persecução criminal transnacional eficaz desses dois delitos.

Portanto, no caso em tela, o Regime Internacional de Combate à Lavagem de Dinheiro e ao Financiamento do Terrorismo enfrentado pelo Brasil foi aqui disposto por dois eixos: as normas de *hard law*, advindas pelas principais convenções internacionais e as normas de *soft law* derivadas pelo GAFI por meio de suas avaliações de conformidade e eficácia.

Dessa maneira, foram observadas as quatro principais convenções internacionais que o Brasil é signatário, sendo essas: a Convenção de Viena, a Convenção de Palermo, Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo e Convenção de Mérida. Nesse sentido, tais convenções, obtiveram importantes avanços na vinculação do Brasil à mecanismos de combate aos crimes internacionais, dando realce ao: reforço da cooperação internacional, inclusive para investigações judiciais e administrativas, intercâmbio de informações entre autoridades, estabelecimento de regime interno de regulamentação e supervisão de instituições financeiras, obrigação de reprimir penalmente o financiamento do terrorismo e reforço dos mecanismos de confisco de ativos e de ajuda judicial.

Outrossim, no que se refere as normas advindas pelo GAFI, foi visto que o Brasil é membro pleno do grupo e enfrenta duas avaliações: de conformidade e eficácia. Por meio dessas avaliações o país precisa seguir as quarenta recomendações do grupo e internalizar normas ao seu quadro doméstico de forma que produza resultados efetivos. Foi nesse liame, que foi apresentado o

último relatório do Brasil com seus principais avanços e falhas no combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo.

Em consonância ao escopo do grupo e seguindo as normas do regime internacional antilavagem de dinheiro, o Brasil teve que se adequar criando legislações que atendessem as exigências desse organismo internacional. Logo, foram promulgadas quatro novas leis sobre essa temática: a lei 12.683 que excluiu o rol de infrações penais que seriam consideradas antecedentes à lavagem de dinheiro; a lei 13.260/2016 que proíbe o terrorismo e seu financiamento e também disciplina o conceito de terrorismo; a lei nº 13.810, de Março de 2019 que dispõe sobre o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas e a lei nº 13.974 / 2020 que dispõe que o Coaf funcionasse como uma autoridade independente com vínculo administrativo no Banco Central. Além dessas legislações, houve também a Circular do Banco Central nº 3.978 / 2020 que aprimorou a política, procedimentos e controles internos do combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo das instituições supervisionadas.

Ademais, o emblemático caso do julgamento da constitucionalização ou não do compartilhamento de dados da inteligência financeira com o Ministério Público, mostrou a influência e o impacto direto do GAFI sobre a tomada de decisões do judiciário brasileiro. Assim, após o alerta do grupo, a suprema corte brasileira se posicionou novamente sobre o assunto e pautou sua decisão final em conformidade com o GAFI, inclusive o próprio presidente do STF menciona em seu voto o Grupo de Ação Financeira Internacional.

Pode-se dizer, então, com base em todo o exposto, que devida a complexidade e transnacionalidade dos crimes de lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, o Brasil apesar das dificuldades apresentadas em seu sistema doméstico, progressivamente se adere à mecanismos internacionais na prevenção e repressão desses crimes. Portanto, tais avanços são impulsionados pelo regime internacional que dispõe de normas globais advindas de convenções internacionais e padrões estabelecidos pelo Grupo de Ação Financeira Internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANSELMO, M. A. **O REGIME INTERNACIONAL DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO: da jurificação à efetividade**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p.280, 2015.

ARAÚJO, F. D. “Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento ao terrorismo: barreiras epistêmicas e agenda de diálogo”, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 2, n. 2, 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **GAFI**. Disponível em: ><https://www.novo.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2/foros-internacionais/grupo-de-acao-financeira-internacional-gafi><. Acesso em: 10 de fev. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm<. Acesso em: 10 de fev. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.810, de 8 de março de 2019**. Dispõe sobre o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, incluída a indisponibilidade de ativos de pessoas naturais e jurídicas e de entidades, e a designação nacional de pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados; e revoga a Lei nº 13.170, de 16 de outubro de 2015. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13810.htm<. Acesso em: 12 de fev. de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016**. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113260.htm<. Acesso em: 12 de fev. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministro apresenta proposta de teses de repercussão geral sobre compartilhamento de dados da UIF e da Receita Federal**. Disponível em: ><https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=430386&ori=1><. Acesso em 20 de fev. de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Plenário define tese sobre compartilhamento de dados financeiros sem autorização judicial**. Disponível em:

<<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=431690&ori=1>>. Acesso em: 20 de fev. de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.015, De 12 De Março De 2004.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm> Acesso em: 30 de mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991.** Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm> Acesso em: 30 de mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998.** Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm<. Acesso em 10 de Fevereiro de 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 5.687, DE 31 DE JANEIRO DE 2006.** Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm> Acesso em: 30 de mar. 2020.

BRASIL. **Sistema Internacional de Prevenção e Combate à Lavagem de Dinheiro.** Disponível em:< <https://receita.economia.gov.br/sobre/acoes-e-programas/combate-a-ilicitos/lavagem-de-dinheiro/as-recomendacoes-do-gafi>> Acesso em: 30 de mar. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **GAFI.** Disponível em: ><https://www.novo.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/atuacao-internacional-2/foros-internacionais/grupo-de-acao-financeira-internacional-gafi><. Acesso em: 30 de mar. 2020.

BRASIL. **Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism – AML/CFT.** Disponível em: < <https://www.bcb.gov.br/en/financialstability/moneylaundering>> Acesso em Acesso em: 30 de mar. 2020.

BRIZZI, Carla Caldas Fontenele. **A Globalização e os novos paradigmas do Direito Penal no combate ao terrorismo**. Manaus, 2008. Disponível em: >http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/carla_caldas_fontenele_brizzi.pdf<. Acesso em: 30 de mar. 2020.

CASTELLS, Manuel (2000) **O Fim do Milênio**. Volume III 3ª Edição. São Paulo: Paz e Terra.

CORRÊA. Luiz Maria Pio. **O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): organizações internacionais e crime transnacional** / Luiz Maria Pio Corrêa – Brasília :FUNAG, 2013.

FATF. **Mutual Evaluation Report of Brazil**. Disponível em:< <http://www.fatf-gafi.org/countries/a-c/brazil/documents/mutualevaluationreportofbrazil.html>> Acesso em 10 de Fevereiro de 2020.

FLETES. Manuel Bermejo. Financiamento ao Terrorismo. **IPDL**, 2020. Disponível em:<<https://www.ipdl.com.br/financiamento-ao-terrorismo/o-terrorismo-e-a-lavagem-de-dinheiro>> Acesso em: 20 de mar. 2021.

GAFI. **Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação as recomendações do GAFI**. 2012. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>>. Acesso em 10 de Fevereiro de 2020.

GAFI. **Metodologia para a avaliação da conformidade com as recomendações do gafi e da eficácia dos sistemas abc/cft**. 2013. Disponível em: >https://irn.justica.gov.pt/Portals/33/Internacional/Metodologia_GAFI_fev_2012.pdf?ver=2019-03-06-161917-587<. Acesso em 10 de Fevereiro de 2020.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991. 177 p.

IBCRIM. **Lei 12.683/12 torna mais rigorosos os crimes de lavagem de dinheiro**. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticia/14060-Lei-1268312-torna-mais-rigorosos-os-crimes-de-lavagem-de-dinheiro>>. Acesso em: 20 de mar. 2021.

IPDL. 2019. **A situação atual do Brasil junto ao Gafi- parte 2**

Disponível em: < <https://www.ipld.com.br/editorial/a-situacao-atual-do-brasil-junto-ao-gafi-parte-2/> > Acesso em: 20 de mar. 2021.

LASMAR, Jorge M. As dinâmicas Financeiras do terrorismo internacional. In: **Perspectivas do terrorismo transnacional contemporâneo** / [organizado por] Carlos Frederico P467 Felício Fagundes, Jorge Mascarenhas Lasmar [e] José Fernando Moraes Chuy. Belo Horizonte: 2019 Arraes Editores, 2019. 397 p

LIMA, Vinicius. **A internacionalização do direito penal e a persecução ao financiamento do terrorismo**. Revista do Ministério Público do RS Porto Alegre n. 74 jul. 2013 – dez. 2013 p. 119-154.

MARAGNO, Lucas. **FATF: 'Serious concerns' about Brazil's AML and terrorist financing enforcement**. Disponível em: ><https://fcpablog.com/2019/10/30/fatf-serious-concerns-about-brazils-aml-and-terrorist-financing-enforcement>< Acesso em: 20 de mar. 2021.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Crime de lavagem de dinheiro. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 378 p.

OLIVEIRA, Marcus. **A internacionalização do direito penal. uma aproximação teórica a partir do crime de lavagem de capitais**. Quaestio Iuris. vol. 11, nº. 01, Rio de Janeiro, 2018. pp. 195 - 217. Disponível em: ><https://www.publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/26248/23307><. Acesso em: 20 de mar. 2021.

OLIVEIRA, Augusto. **Lavagem de dinheiro**. Disponível em: <<https://www.augustooliveiraadvogados.com.br/2020/02/03/crime-de-lavagem-de-dinheiro/#:~:text=Os%20pa%C3%ADses%20devem%20criminalizar%20a,11%20de%20setembro%20de%202001>> Acesso em: 20 de mar. 2021.

RASSI, João Daniel. A internacionalização do direito penal e o tráfico de pessoas como crime contra a humanidade. **Revista Acadêmica**, Vol. 83, 2011.

SIEBER, Ulrich. Limites do Direito Penal – Princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no Instituto Max-Planck de Direito Penal Estrangeiro e Internacional. **Revista DireitoGV**, n. 4, jan.-jun.2008.

WERNER, Guilherme Cunha. **O crime Organizado Transnacional e as Redes Criminosas: Presença e influência nas Relações Internacionais Contemporâneas**. São Paulo.

Universidade de São Paulo 2009. 227 p. Disponível em: <<http://www.funag.gov.br/ipri/btd/index.php/9-teses/2342-o-crime-organizado-transnacional-e-as-redes-criminosas-presenca-e-influencia-nas-relacoes-internacionais-contemporaneas-2>>. Acesso em: 20 de mar. 2021.

UNODC. 2020. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Disponível: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>> Acesso em: 20 de mar. 2021.

ADOÇÃO INTERNACIONAL: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA A PARTIR DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Marcela Durães Borges¹

Marcelo Brito²

Mariana Silva Jardim³

RESUMO: O artigo tem como intuito analisar a legislação brasileira vigente relacionada a adoção internacional, forma de realocação de crianças em novos ciclos familiares, proporcionando estudo acerca do histórico da prática de adoção desde o primórdio da história, bem como a releitura dos institutos legais mais importantes. Verifica-se como a adoção adequa-se aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, tais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, convivência família e isonomia, para proporcionar a proteção da infância e do pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes em situação de abandono ou expostas a violação de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: Adoção Internacional. Legislação. Estatuto da Criança e Adolescente.

ABSTRACT: The article aims to analyze the current Brazilian legislation related to intercountry adoption, a form of relocation of children in new family cycles, providing a study about the history of the practice of adoption since the beginning of history, as well as a re-reading of the most important legal institutes. It is verified how adoption fits the fundamental rights and constitutional principles, such as human dignity, equality, family cohabitation and isonomy, to provide the protection of childhood and the full development of children and adolescents in abandonment situations or exposed to fundamental rights violation.

Key Words: Intercountry adoption. Legislation. Statute of the Child and Adolescent.

INTRODUÇÃO

A adoção internacional é praticada ao redor de todo o globo terrestre, pois é de interesse mundial a intenção de proporcionar às crianças e adolescentes, em situação de abandono ou de violação de

¹ Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES);

² Docente do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES);

³ Discente do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES).

direitos fundamentais básicos, a proteção de que carecem. Lhes é oferecida por meio da adoção, seja nacional ou internacional, a oportunidade de viver em um ambiente familiar saudável e de ter um desenvolvimento coerente com a essência dos princípios constitucionais, esses pautados nos direitos humanos, os quais são inerentes à todas as pessoas independentemente de sua faixa etária.

Ainda que sobressaia a evolução dos pensamentos, as mudanças de ideologias e os demais fatos históricos e importantes o suficientes para revolucionar a forma de pensar esse instituto, a adoção internacional é importante pauta de debate diante de questões que atrapalham sua efetividade plena, a burocracia dos seus procedimentos, a morosidade jurídica, e os riscos que crianças e adolescentes são expostos com o intercâmbio entre países.

Desta forma, o presente trabalho inicia-se com a exposição do contexto histórico e do texto legal referente à adoção, para finalmente analisar o instituto, com foco no instituto transnacional, a partir de direitos e garantias importantes como a dignidade da pessoa humana, igualdade, isonomia e convivência familiar, além de seu caráter humanitário.

1 CONTEXTO HISTÓRICO DA ADOÇÃO

O conceito de “família” abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue, pela existência de ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção, sendo ela e a convivência familiar a base para o desenvolvimento de valores pessoais e éticos de toda e qualquer pessoa. O instituto da adoção, segundo o art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves (2017) “Adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha.” Já para Maria Helena Diniz (2007) “Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha”.

O instituto da adoção não é uma novidade dos últimos tempos, acolher crianças abandonadas como filhos naturais é uma prática realizada desde a antiguidade pelas civilizações antigas. A Bíblia traz a adoção nas figuras de Moisés e Ester, o Código de Hamurabi disciplinava o instituto em vários de seus artigos, as Leis de Manu da sociedade Hindu também traziam alguns dispositivos regulamentando-o, e na Roma Antiga a adoção chegou a ser usada pelos imperadores

para designar seus sucessores. Entretanto, ainda que a adoção seja um dispositivo milenar, a finalidade dessa prática nem sempre foi a mesma ao longo do tempo, visto que, para muitas das antigas civilizações a adoção era pautada na necessidade religiosa de perpetuação do culto doméstico e, como último recurso, em impedir a extinção da família pela falta de descendentes. Quanto a isso, fundamenta Fustel de Coulanges (2011, p.46):

O dever de perpetuar o culto doméstico foi a fonte do direito de Adoção entre os antigos. [...] Adotar um filho, portanto, era velar pela continuidade da religião doméstica, pela salvação do fogo sagrado, pela continuação das ofertas fúnebres, pelo repouso dos manes dos antepassados. Como a Adoção não tinha outra razão de ser além da necessidade de evitar a extinção do culto, seguia-se daí que não era permitida se não a quem não tinha filhos.

Durante a Idade Média a prática de adotar crianças se enfraqueceu em razão da influência da igreja católica nesse período, a qual pregava que aos pais só era permitido ter filhos legítimos. Já no século XIX com o Código Napoleônico, tal instituto surge novamente, porém, regulado por normas rigorosas e complexas e por interesse do próprio Imperador Napoleão em indicar um sucessor ao trono da França.

Já no cenário brasileiro, a adoção teve origem a partir das Ordenações Filipinas, mas foi com o Código Civil de 1916 que essa foi sistematizada de forma mais profunda, trazendo artigos que regulamentavam tal instituto com o fim de preservar a continuidade da família. Só em 1957 por meio de uma nova lei (Lei 3.133) que a adoção passou a ter um fim humanitário, se preocupando com os direitos do adotado e do adotante e com a simplificação do ato da adoção, finalidade essa que se aproxima da admitida atualmente.

De acordo com Maria Luíza Marcílio (1998), assim como a adoção, o abandono de crianças também é prática muito comum desde as grandes civilizações da antiguidade. O ato de abandonar filhos era um costume frequente e até mesmo regulamentado nesse período. Tanto na Grécia Antiga quanto em Roma, o contexto patriarcal conferia ao pai de cada família a plena liberdade de rejeitar, abandonar, vender como escravos e até mesmo matar os filhos nascidos com alguma deformidade. Eles acreditavam que uma criança malformada poderia trazer azar para a sociedade e para a família.

Em Roma, o abandono em caso de miséria e pobreza também era muito recorrente entre pais plebeus, já na cidade-estado Esparta, o conselho de anciãos decidia a continuidade ou não da vida dos recém-nascidos com base na aptidão física para a vida militar. Na Idade Média por influência de dogmas impostos pela igreja católica, muitas mulheres recorriam ao abandono de seus filhos

para escapar da punição da sociedade contra mulheres que engravidassem fora do casamento. A gravidez extramatrimonial era vista como desonra à mulher e motivo para que a mesma fosse reprimida pela comunidade.

Durante muito tempo o abandono e o assassinato de crianças foram práticas muito comuns. O infanticídio só passou a ser condenado na legislação da Roma Imperial, inclusive, junto à regulamentação da adoção. O abandono, porém, não era defeso nem mesmo pela igreja, a qual assumiu o papel de buscar famílias para os bebês enjeitados. Um costume bastante comum nessa época era deixar as crianças nas portas das igrejas.

A partir do século XII foram criadas instituições que abrigavam as vítimas de enjeito, se utilizando, muitas vezes, da chamada Roda dos Expostos, a qual consistia em um cilindro oco com uma abertura voltada para a rua onde as pessoas, sem serem identificadas, abandonavam crianças para serem recolhidas pela instituição.

A industrialização, o desenvolvimento científico e tecnológico, o crescimento populacional e o êxodo rural fomentados a partir do Iluminismo, acabaram agravando a situação de pobreza, do crescimento no número de crianças ilegítimas e conseqüentemente da eclosão do “fenômeno do abandono”. Tal fenômeno se ampliou de tal forma no continente Europeu, com a obstinação do abandono de crianças e as taxas de mortalidade evoluindo, que os governos passaram a ver as crianças desamparadas como pessoas úteis ao Estado, seja no exercício militar ou como mão-de-obra. Só em 1924 com a Declaração dos Direitos da Criança em Genebra e em 1959 com a ONU anunciando a necessidade de proteção às crianças, que o abandono deixou de ser admitido.

O abandono infantil no Brasil teve origem no período colonial. Judite Trindade (1999) em seu livro “O abandono de crianças ou a negação do óbvio” ressalta que o enjeito nas vilas do Brasil colônia se deu por várias razões, dentre elas o abandono como saída para mães sem condições financeiras de manter seus filhos, e como forma de refúgio contra o escândalo e a reprovação social de uma gravidez indesejável.

Durante o século XIX o enjeito infantil no Brasil estava inserido nas famílias patriarcais e organizações religiosas com base na caridade e piedade cristã, vigorando nesse tempo a “fase caritativa”. Essa, segundo Maria Luíza Marcílio (1997. p. 53-79), foi um momento marcado pelo sentimento da fraternidade humana dos mais ricos com os mais pobres na esperança de receber a salvação de suas almas e serem dignos do paraíso.

Se inspirando na tradição europeia, as Rodas dos Expostos surgiram e foram implantadas com base em princípios religiosos, como a preservação da família e a obtenção de hegemonia social e

moral pública, além da necessidade de retirar das ruas as crianças abandonadas. Conforme a “Revista Visão Jurídica: Parto Anônimo” de Marília Almeida (2008), a última Roda dos Expostos a ser desativada foi em 1948 na Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, que acolheu durante o tempo de seu funcionamento cerca de 5.700 crianças. Porém, de cada dez crianças abandonadas, três morriam por serem entregues já doentes ou desnutridas.

A adoção informal por famílias também foi um meio muito utilizado no Brasil. O gesto das famílias em aceitar as crianças era pautado, segundo Marcílio (1997, p. 53-79), pela questão religiosa, mas também pela ideia de que essas seriam uma mão-de-obra adicional, gratuita e até mais fácil de explorar do que os escravos, já que os acolhidos são livres e vistos como parte da ordem familiar, existindo, portanto, laços de fidelidade.

Com o processo de industrialização no Brasil, a urbanização descontrolada e com o crescimento populacional desordenado marcado pela pobreza, miséria e pelo grande número de mendigos, doentes e crianças desamparadas, doenças e epidemias começaram a se alastrar a partir desses grupos marginalizados que lotavam as ruas, surgindo a necessidade de um maior controle social.

Nesse contexto, o Estado começou a dar os primeiros passos em direção à efetiva assistência e proteção à infância, o que desencadeou inúmeras conquistas no âmbito legal, tendo sido criadas e regulamentadas muitas normas e organizações que existem até os dias de hoje e defendem amplamente os direitos e garantias desse grupo vulnerável. Exemplos disso são a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em 1990 e o fato de que hoje o ato de abandonar filhos é crime defeso pelo Código Penal Brasileiro em seu art. 133 como “Abandono de Incapazes”.

2 O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR NO BRASIL

O primeiro código brasileiro a versar sobre a infância foi o Código de Menores de 1927. Este dispositivo legislava sobre a infância e adolescência desamparadas, com imposição de mecanismos de disciplina e controle para menores considerados desviados, que eram institucionalizados quando vítimas do abandono familiar. Este código não preocupava-se com o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, nem as reconhecia como sujeitos de direitos e deveres, na verdade este acolhimento institucional acaba por ensejar em danos ao desenvolvimento destas. (ALBORNOZ, 1998; SIQUEIRA & DELL'AGLIO, 2006).

Dessa forma, pode-se dizer que o reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes consolidou-se apenas com a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, a qual, em seu art. 6º, trata a proteção à criança como direito social. A inserção da proteção às crianças pela

Constituição Federal se deu sob influência de documentos internacionais e da criação da Frente Parlamentar pela Constituição, criada em 1987, pelos Direitos das Crianças, disseminando pelo país os ideais de defesa à criança e influenciando a criação dos dispositivos legais por sua proteção.

Outro dispositivo é o art. 227 da Constituição Brasileira, que impõe como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Tornam-se então sujeitos de direitos e deveres.

A positivação destes direitos pressupõe a existência de lei ordinária que os regulamente. Desta forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente também versa sobre a proteção destes direitos, e sobre a convivência familiar nos artigos 19 ao 27. O ECA dispõe que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, devendo ser asseguradas todas as oportunidades e facilidades com intuito de promover o desenvolvimento físico, mental e moral.

O art. 19 do referido Estatuto prevê que a criança tem direito a ser criada e educada no seio de sua família, e, excepcionalmente, em família substituta, de forma que lhe seja assegurada a convivência familiar e comunitária. O direito à convivência familiar é elencado pelo ECA como direito fundamental, visto que se trata de pessoas em desenvolvimento, e, a convivência e laços familiares tem o intuito de amparar emocionalmente crianças e adolescentes, para que construam suas personalidades de forma livre e feliz (ROSSATO, LÉPORE, CUNHA, 2011, p. 153-154).

Estes dispositivos, de forma conjunta, tutelam o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes no âmbito físico, emocional, moral e social, propiciando a oportunidade de viverem em liberdade e com dignidade, valores imprescindíveis para caracterizar a dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais. Cumpre salientar que a nova legislação preza pela valorização do papel da família e de parcerias pelo desenvolvimento de crianças e adolescentes saudáveis em caráter físico, mental e moral em detrimento da “desinstitucionalização”, incessante alojamento de jovens desamparados em abrigos e instituições de acolhimento, no atendimento de crianças e adolescentes.

3 ADOÇÃO NACIONAL LEGAL BRASILEIRA

Como já foi dito, a alocação em uma família substituta é um ato excepcional, e a reintegração ou manutenção da criança ou adolescente à sua família é uma prioridade, conforme explicitado no capítulo legal relativo à convivência familiar estabelecido pelo ECA. A adoção é considerada quando as medidas de reestruturação da família natural em adaptar-se para fornecer um desenvolvimento saudável da pessoa não surtem efeitos.

A aplicação do ECA é paralela à Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010, de 03 de agosto de 2009). Essa lei reforça que o afastamento familiar e a institucionalização de crianças e adolescentes não sejam uma primeira opção, mas que sejam consideradas outras hipóteses como redes de atendimento que ajudem as famílias a lidarem com seus respectivos problemas, sejam desemprego, uso de drogas ou álcool. Reforçando ainda a necessidade de se fazer valer da família extensa, pressupondo a parceria e cooperação dos membros da família extensa, a fim de evitar a institucionalização.

Outra forma de evitar a institucionalização é a limitação do tempo que as pessoas em desenvolvimento podem permanecer em instituição de acolhimento, sendo este de dois anos. É também incitado o contato da criança ou adolescente com sua família natural.

O procedimento legal de adoção é regido pelos preceitos elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente em capítulo especial. Ao longo do tempo foi criado um micro sistema legal composto por legislações ordinárias que complementam ou alteram a legislação de adoção. Dessa forma, alterando a Lei 8.069, tem-se as Leis 12.010/09 e a Lei 13.509/17, estabelecendo novos prazos e procedimentos para o trâmite legal de adoção. A lei 12.010/09 vem aperfeiçoar a sistemática legal de adoção, priorizando a intervenção estatal pela orientação e apoio à família natural em detrimento da opção pela adoção. Por sua vez, a Lei 13.509/17 altera disposições legais relativas a entrega voluntária, destituição do poder familiar, acolhimento, apadrinhamento, guarda e adoção de crianças e adolescentes, bem como estende garantias trabalhistas a adotantes e acrescenta nova possibilidade de destituição do poder familiar.

Durante todo o trâmite da adoção temos a figura do adotando e adotante. São autorizados a adotar os maiores de 18 anos, independentemente de seu estado civil, sendo que o adotante há de ser pelo menos dezesseis anos mais velho do que o adotando.

No que diz respeito ao procedimento do instituto da adoção, essa funda-se na existência de vantagens reais com motivos legítimos para o adotando, e depende do consentimento dos pais ou do representante legal, o que será dispensado em hipótese de serem os pais desconhecidos e

destituídos do poder familiar. Quando o adotando possui mais de 12 anos de idade, o seu próprio consentimento faz-se necessário.

Anterior à adoção é necessário o que se chama de estado de convivência, período pelo qual o adotando conviverá com sua família como forma de familiarizar-se e construir vínculo. Só será dispensado quando o adotando já estiver sob tutela ou guarda do adotante por tempo necessário a criança de um vínculo. Esse período é acompanhado por equipe interprofissional que analisarão a convivência para prestar deferimento ou não da adoção. É importante ter em mente que a guarda de fato não autoriza a dispensa da realização do estágio de convivência.

O processo de adoção é gratuito e se inicia perante a Vara de Infância e Juventude da região. Em algumas comarcas é possível realizar um pré-cadastro com a qualificação a respeito do perfil da criança ou adolescente desejado, bem como dados familiares.

São necessárias, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente, cópias autenticadas da certidão de nascimento ou casamento, ou declaração relativa ao período da união estável, cópias de documentos de identidade e inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas; comprovante de renda e residência; atestado de sanidade física e mental; certidão negativa de distribuição cível; certidão de antecedentes criminais. Contudo, deve ser analisado conforme as necessidades da unidade judiciária na qual se inicia o pedido.

Os documentos serão autuados pelo cartório e remetidos ao Ministério Público para análise, podendo ser requerida documentação complementar. Em momento posterior há avaliação das condições por equipe técnica multidisciplinar designada pelo Poder Judiciário para análise das motivações perante a adoção, bem como análise da realidade sócio familiar e condições para o recebimento do adotando. Então, são instruídos para participação em programa de preparação para adoção, para esclarecer suas convicções sobre a adoção e também prepará-los para eventuais intercorrências relativas ao processo de criação do adotando.

Por meio do estudo psicossocial realizado neste processo e dos resultados referentes ao programa de adoção e, inclusive do parecer do Ministério Público, o juiz proferirá decisão, deferindo ou não o pedido de habilitação. Esta habilitação é válida por três anos, podendo ser renovada. Com o deferimento do pedido de adoção, os dados são inseridos no Sistema Nacional, sendo obedecida a ordem cronológica da decisão judicial.

Ocorre então uma análise entre o perfil do adotante e de possíveis adotandos, com apresentação do histórico de vida da criança/adolescente, e na hipótese de interesse, será possível o contato entre as partes. Segue-se para a tentativa de convivência, o qual é monitorado pela Justiça,

podendo haver visitas ao abrigo onde vive o adotando, bem como passeios rápidos a fim de proporcionar o vínculo. Sendo positivo, o postulante iniciará o estágio de convivência, no qual a criança ou adolescente poderá morar com a família sob orientação e acompanhamento profissional, sendo pelo período máximo de 90 dias, prorrogável por igual período.

Em 15 dias desde a data do término do estágio de convivência os pretendentes poderão propor a ação de adoção, sob a expectativa da sentença preferida por magistrado. Em caso positivo, será determinada também criação de novo registro de nascimento com o sobrenome da nova família, podendo haver modificação também do prenome. A partir deste ponto, recai sobre o adotando direitos e deveres como filho. A sentença é irrevogável, e a morte dos adotantes não restabelece o poder familiar dos pais naturais. É mantido um registro de outros possíveis adotantes.

4 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE ADOÇÃO INTERNACIONAL

A adoção internacional ou transacional, segundo Leila Cavallieri de Araújo (1990), é “a figura jurídica que envolve como partes: adotante com domicílio em um país e adotando com residência habitual em outro”. Tal instituto nasceu com o objetivo de resolver o problema do aumento massivo no número de crianças e adolescentes órfãos, ocasionado pelo fim da Segunda Guerra Mundial.

O “mundo social” começou a classificar a adoção internacional como “boa” (salvação da criança da fome, da miséria, da guerra etc.) ou “ruim” (tráfico de crianças por ex-potências coloniais, responsáveis pela fome, pela miséria, pela guerra). A partir desse momento, várias crianças do Terceiro Mundo ou dos países do antigo Pacto de Varsóvia foram adotadas por casais de países do Primeiro Mundo. (ABREU, 2002, p. 11)

Até então não havia nenhuma lei que regulamentasse o instituto da adoção internacional, porém, diante do crescente número de adoções internacionais na época, e conseqüentemente de uma maior preocupação da Organização das Nações Unidas (ONU) com esse instituto, a partir de 1953 houve grande colaboração com os primeiros estudos e discussões sobre o assunto.

Pode-se citar como pioneiros no assunto, a organização Serviço Social Internacional (ISS) que em 1956 definiu os princípios fundamentais do serviço de adoção internacional e o Seminário Europeu sobre Adoção em 1960 que elaborou o primeiro documento sobre o assunto, chamado de Princípios Fundamentais sobre a Adoção entre Países.

Como marcos desse tipo de adoção tem-se a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989, instrumento de Direitos Humanos mais aceito na história segundo o Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), que trata da proteção à infância e da promoção da assistência especial à criança, e a Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional de 1993, a qual tem como um dos principais objetivos estabelecer a cooperação de informações e procedimentos de segurança para o processo de adoção.

A Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, ou apenas Convenção de Haia de 1993, sendo um diploma legal imprescindível para o exercício da adoção transnacional, cabe destaque. Essa é um tratado internacional concluído em Haia, no dia 29 de maio de 1993, que configura a cooperação entre os países membros para a proteção dos direitos e interesses das crianças, a segurança dessas e de suas famílias frente a adoções estrangeiras ilegais e irregulares, o sequestro, venda e o tráfico de crianças, e para a simplificação conjunta do reconhecimento desse instituto, tornando seu procedimento mais rápido, nos países (CARVALHO, 2015).

Segundo texto da própria convenção, ela surgiu por conta do reconhecimento da importância do crescimento das crianças em um meio familiar para o desenvolvimento saudável e harmonioso dos valores pessoais e da personalidade dessas, além da importância de os países tratarem com prioridade medidas que permitam a manutenção da criança em sua família de origem, desse modo, a adoção internacional é apontada no tratado como uma alternativa para dar uma família permanente às crianças que não encontrarem uma família adotiva em seu país de origem, prezando sempre pelo melhor interesse da criança e pelo respeito dos seus direitos fundamentais.

No Brasil, a adoção internacional começou a ter destaque a partir de 1980, quando já havia grande quantidade de normas que regulamentavam o instituto. A Convenção de Haia, por exemplo, só veio a ser adotada no Brasil por intermédio do decreto nº 3087, de 21 de junho de 1999. O instituto da adoção transnacional é tratado pela Constituição Federal de 1988 no seu artigo 227, § 5º, o qual declara que o procedimento deve ser assistido pelo Poder Público na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) nos artigos 51 ao 52-D. Tais artigos dispõem de regras e condições para a realização da adoção internacional, essas em conformidade com os procedimentos previstos na seção “Colocação em família substituta”, dos artigos 165 a 170, do ECA, além da observância à Convenção de Haia e às alterações introduzidas pela Lei nº. 12.010/2009.

No que diz respeito à lei 12.010/2009, essa também definiu a adoção internacional como medida excepcional, criando um cadastro distinto para pessoas ou casais residentes fora do país, o qual só pode ser consultado na inexistência de postulantes nacionais habilitados, e, portanto, só podendo ser deferida a adoção depois de esgotados todos os meios de permanência do adotando em território nacional. Até mesmo os brasileiros residentes no exterior têm preferência frente aos estrangeiros.

As fases gerais do processo de adoção internacional estão especificadas na Convenção de Haia e também no ECA. São essas a fase preparatória, a de habilitação dos pretendentes, de definição de “adotabilidade” da criança, e a fase de procedimento. Inicialmente os candidatos à adoção internacional devem atender a alguns requisitos: a compatibilidade de natureza econômica, moral, comportamental e social, além da verificação do país de acolhida como signatário da Convenção de Haia de 1993, da criança também ser domiciliada em país signatário da Convenção e menor de 16 anos, da efetiva destituição familiar e do esgotamento das possibilidades de restituição à família de origem ou de adoção por família nacional.

Por conseguinte, os possíveis adotantes estrangeiros ou brasileiros residentes no exterior, deverão formular pedido de habilitação à adoção perante a Autoridade Central em matéria de adoção internacional no país de acolhida, onde se tem residência habitual. Tendo tal autoridade considerado o solicitando apto à adoção, essa emitirá um relatório com informações sobre sua identidade, capacidade jurídica para a adoção, situação familiar médico-pessoal e os motivos de sua aptidão para assumir uma adoção transnacional, e o enviará, junto a um estudo psicossocial elaborado por equipe habilitada, cópia autenticada da legislação sobre adoção vigente no país de acolhida, e respectiva prova de vigência para a Autoridade Central Estadual.

Constatada a compatibilidade da legislação estrangeira com a do país da criança, e preenchendo os postulantes à adoção e os requisitos ao deferimento da adoção, será expedido laudo de habilitação à adoção internacional. No caso de adotando brasileiro, de posse do laudo, segundo o art. 52, inc. VIII do ECA, o interessado na adoção internacional está autorizado a formalizar pedido de adoção perante o Juízo da Infância e da Juventude em que se encontra a criança ou adolescente, conforme indicação da Autoridade Central Estadual.

Com os adotandos e adotantes habilitados, inicia-se o estágio de convivência. No Brasil, com mínimo de 30 dias e máximo de 45 dias, os solicitantes devem deslocar-se para o território nacional a fim de conhecer a criança ou o adolescente a ser adotado para efeito de adaptação. Concluído o estágio de convivência, o juiz proferirá sentença constitutiva e mandado judicial de retificação de registro civil. O passaporte do adotando brasileiro será expedido após prazo recursal e sua saída do território deverá ser acompanhada pela Polícia Federal. Ademais, a criança

ou o adolescente adotado ainda terá assistência da Autoridade Central Administrativa Federal por até 2 anos, isso com o objetivo de garantir a segurança desse em solos estrangeiros.

Por fim, a adoção por estrangeiros é tema que divide muito as opiniões na comunidade jurídica. Enquanto uns condenam o instituto julgando-o como facilitador de práticas criminosas envolvendo crianças, como as mais diversas explorações infantojuvenil, o tráfico de crianças, a comercialização de órgãos, entre outros, há quem o veja como uma oportunidade de acolhimento familiar à crianças que não se enquadram no perfil traçado por muitos adotantes do Cadastro Nacional de Adoção e, portanto, são preteridas no processo adotivo.

Como visto, viceja no Brasil uma preferência por crianças recém-nascidas, de saúde perfeita, com notória predileção por menores de tez clara e de olhos claros, enquanto há inúmeros estrangeiros e mesmo brasileiros vivendo no exterior, interessados na adoção de brasileiros e que sabidamente desconsideram essas exigências e como dispõem, no mais das vezes, de melhores condições financeiras, de maior acesso à saúde e à educação, podem proporcionar aos adotados uma formação privilegiada e integral. (MADALENO, 2020, np)

5 A ADOÇÃO FRENTE A PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Com amparo da atual Constituição Federal Brasileira e da Declaração Universal de Direitos Humanos, a adoção internacional é instrumento de observância ao princípio da dignidade humana e ao princípio da igualdade no que diz respeito à infância. Como já falado, o artigo 6º da Constituição traz o amparo e proteção à infância como um direito social, tendo, com isso, a finalidade de minimizar as desigualdades sociais e fazer com que sociedade e Estado unam esforços pela garantia igualitária do bem-estar e da qualidade de vida da criança e do adolescente. Em complemento, a Declaração Universal de Direitos Humanos expõe em seu artigo 25 o direito de cuidado e assistência especial à infância, ressaltando ainda o tratamento e proteção social igualitário a toda e qualquer criança.

Mesmo diante de tal aparato legal, a infância e juventude vê-se ainda muito distante de uma realidade de efetivo acolhimento. Numerosos são os infantes em situação de abandono no mundo todo. O Brasil, porém, com majoritária preferência dos adotantes nacionais por um perfil específico de crianças, brancas, com até 5 anos de idade e sem deficiências ou irmãos, lidera na ocupação de órfãos em abrigos. Maria Helena Diniz (2007, p. 503), nesse sentido, adverte:

[...] seria mais conveniente [...] que se estabelecessem medidas eficazes para punir corruptos e traficantes, em vez de criar exigências para sua efetivação, visto que o estrangeiro está mais preparado psicológica e economicamente para assumir uma adoção, não fazendo discriminações atinentes à raça, ao sexo, à idade ou até mesmo à doença ou defeito físico que o menor possa ter; ao passo que o brasileiro é mais seletivo, pois, em regra, procura, para adotar, recém-nascido branco e sadio, surgindo, assim, em nosso país, problemas de rejeição social.

Segundo o Portal de Notícias do Senado (2020), com base nos dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2020 existiam no Brasil quase 34 mil crianças e adolescentes abrigadas em casas de acolhimento e instituições públicas por todo país. Segundo cálculos do CNJ, diante de 36.437 pessoas interessadas em adotar crianças, sendo 83% dessas com idade acima de 10 anos, apenas 2,7% dos pretendentes aceitavam adotando nessa faixa etária. Além disso, segundo dados de 2021 do Cadastro Nacional de Adoção, dos 203 pretendentes estrangeiros disponíveis para adotar, 194 aceitam adotar crianças negras, já dos 42.789 pretendentes nacionais disponíveis, somente 24.195 aceitam. Nesse sentido, tais dados comprovam quão mais “descomplicado” é a inserção de infantes em lares estrangeiros.

Isto posto, é notável que a adoção internacional pode ser um bom recurso sobretudo no que tange o acolhimento dos jovens preteridos pelos adotantes nacionais, evidenciando, dessa forma, o caráter humanitário e social desse instituto, e, ainda, efetivando o aludido amparo à infância. Apesar da excepcionalidade do instituto e de sua complexidade burocrática, esse configura uma alternativa à infância e adolescência reduzidas aos muros de abrigos (LEAL JUNIOR, PIRES; 2017).

A família constitui uma base para o desenvolvimento do ser humano, por meio da qual as pessoas recebem e fornecem suporte e cuidados indispensáveis mutuamente. Dá amparo ao desenvolvimento mental, emocional, físico, moral, e não menos importante, psicológico. A família é o primeiro referencial comportamental, e é evidente que muitas não são capazes de sê-lo de maneira saudável.

Apesar da influência majoritariamente positiva das relações familiares, muitas podem ser o epicentro da violação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes em crescimento. O Estado tem o dever de assegurar que as crianças e adolescentes tenham seu desenvolvimento saudável, e quando isso não ocorre, têm-se as instituições de acolhimento para as quais são direcionadas. Contudo, essas instituições não substituem o valor e o papel de uma família, principalmente no campo emocional. É em razão disso que a Constituição Federal garante o

direito à convivência familiar e comunitária em seu art. 227.

A legislação empenha para que a adoção de uma criança proporcione todo aparato que as famílias normalmente propõem, e para garantir isso é que o Estado impõe as visitas aos adotantes, a fim de acompanhar que a adoção tenha alcançado o melhor interesse do menor, dentro todos os outros direitos fundamentais necessários e inerentes a todo ser humano.

A adoção internacional tem o intuito de atender o interesse dos adotados, ampliando as possibilidades de inserção da criança ou adolescente em uma família. Essa se faz subsidiária à adoção nacional, conforme salienta Bogiolo (2015; p. 43):

O caráter excepcional da adoção internacional no ordenamento jurídico brasileiro é explicado pela necessidade em se preservar os laços culturais, dando-se preferência à permanência do adotado na sua pátria, com a cultura e a língua do próprio país. Ocorre que os valores familiares e humanos devem estar acima desses valores difusos. Não há porque não possibilitar melhores condições e oportunidades àquelas crianças e adolescentes que tem a possibilidade de um futuro melhor com uma adoção internacional.

Observa-se que a adoção internacional é fortemente criticada, pois há parcela da sociedade que acredita que há na adoção por estrangeiros a possibilidade de proporcionar o tráfico de menores, além de representar agressão do direito à identidade das crianças e adolescentes. É entendido que a legislação dificulta a adoção internacional, mas há correntes que defendem a isonomia no momento da adoção, de forma que a adoção internacional esteja em pé de igualdade com a adoção nacional, com o princípio do melhor interesse sendo base.

Bongiolo (2015; p.50) informa que as pesquisas realizadas indicam que as adoções internacionais devidamente acompanhadas tem tido sucesso, e que as crianças não apresentam problemas socioculturais.

É indubitável que a globalização do momento atual permite a inteiração entre laços culturais distintos, e cada vez mais as pessoas entre continentes ou países diferentes tornam-se mais próximas. E, conforme Santos, (2011, p.74): “Os pensamentos devem acompanhar o novo tempo, não mais fazendo distinção, devendo o adotante nacional concorrer em igualdade de condições com o estrangeiro.”.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se alguns princípios constitucionais como norteadores das legislações que recepcionam e regem o instituto da adoção internacional, muito porque o instituto e a essência da Constituição Cidadã dividem os mesmos ideais, a valorização dos direitos dos indivíduos e a igualdade. Portanto, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da isonomia, do direito à convivência familiar, entre outros, incidem sobre a adoção internacional na tentativa de concretizar a primazia da proteção integral a um grupo extremamente vulnerável da sociedade, crianças e adolescentes marginalizados pelo abandono e orfandade.

Sendo a família e o ambiente familiar saudável de extrema importância para o desenvolvimento benéfico da criança e do adolescente, é necessário, na falta ou deficiência desses, que o Estado interfira sempre sob a égide humanitária e social dos princípios constitucionais. Dessa forma, a adoção surge como um meio de interferência estatal na busca pelo melhor interesse do menor. A adoção internacional, porém, com base no que já foi exposto, consegue fomentar de forma menos restritiva o acolhimento de jovens marginalizados que lotam os abrigos e instituições brasileiras.

A troca mútua entre os países em prol da estrutura familiar e da luta contra a marginalização de crianças e adolescentes órfãs acontece por meio de inúmeras fases e procedimentos necessários para a segurança dos adotantes e adotandos. No entanto, o instituto internacional da adoção ainda que útil e oportuno, precisa superar questões que atrapalham sua máxima efetividade, a burocracia procedimental, a morosidade judiciária e os perigos que o intercâmbio de crianças pode fomentar, para assim fazer com que de fato as fronteiras entre as nações não sejam empecilhos no que tange a garantia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Domingos. **No Bico da Cegonha: Histórias de adoção e da adoção internacional no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002. Disponível em: <http://nuap.etc.br/wp-content/uploads/2020/05/no_bico_da_cegonha.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2021;

ALMEIDA, Marília. **Revista Visão Jurídica: Parto Anônimo**. São Paulo: Escala, n. 24, 2008.

ARAÚJO, Leila Cavallieri de. A Adoção Internacional; **Boletim Terre des Homes**, n. 19, de julho de 1990.

ASSUNÇÃO, Sheila; POZZEBOM, Elina Rodrigues. **Dia da Adoção: Brasil tem 34 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos**. In: Portal de Notícias do Senado. Senado Notícias.

Brasília - DF, 22 maio 2020. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/22/dia-da-adocao-brasil-tem-34-mil-criancas-e-adolescentes-vivendo-em-abrigos#:~:text=O%20Brasil%20comemora%20nesta%20segunda,o%20Dia%20Nacional%20da%20Ado%C3%A7%C3%A3o.&text=Segundo%20dados%20do%20Sistema%20Nacional%20todo%20pa%C3%ADs%20\(veja%20quadro\)](https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/22/dia-da-adocao-brasil-tem-34-mil-criancas-e-adolescentes-vivendo-em-abrigos#:~:text=O%20Brasil%20comemora%20nesta%20segunda,o%20Dia%20Nacional%20da%20Ado%C3%A7%C3%A3o.&text=Segundo%20dados%20do%20Sistema%20Nacional%20todo%20pa%C3%ADs%20(veja%20quadro))>. Acesso em: 23 de março de 2021.

BONGIOLO, Camila Eyng Webber. A excepcionalidade da adoção internacional na Lei n. 12.010/2009 em face do princípio da isonomia. 2015. Disponível em: <<http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/3407/1/Camila%20Eyng%20Webber%20Bongiolo.pdf>>;

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Cadastro Nacional de Adoção. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/cnanovo/pages/publico/index.jsf>>. Acesso em: 20 de março de 2021.

BRASIL. Convenção de Haia. Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm>. Acesso em: 02 de março;

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Lei da Adoção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112010.htm>. Acesso em: 02 de março de 2021;

BRASIL. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 10 de março de 2021;

BRASIL. Senado Federal. História da Adoção no mundo. **Revista de audiências públicas do Senado Federal: Em Discussão**, Brasília-DF, n. 15, 2013. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>>. Acesso em: 10 de março de 2021;

COIMBRA, José César. **O que resta da adoção? O comum e o testemunho sobre a busca das origens**. 2013. Tese (Doutorado) - Programa de Pós-Graduação em Memória Social, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.repositorio-bc.unirio.br:8080/xmlui/bitstream/handle/unirio/12358/ppgms_tese_2013_jccoimbra_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 de março de 2021;

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. 02 set. 1990. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 02 de março de 2021;

CORRÊA, Monique Costa. **Abandono e Adoção**. 2010. Tese (Pós Graduação em Psicologia Jurídica) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k213667.pdf>. Acesso em: 15 de março de 2021;

COULANGES. Fustel de. **A Cidade Antiga**. Tradução: Roberto Leal Ferreira, São Paulo, Martin Claret, 2011;

DEL PRIORE, Mary. O cotidiano da criança livre no Brasil entre a Colônia e o Império. In: DEL PRIORE, Mary. (Org.) **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2000;

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5;

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.6: Direito de Família. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017;

JÚNIOR, João Carlos Leal; PIRES, Natália Taves. **O mito da adoção internacional no Brasil**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-53/o-mito-da-adocao-internacional-no-brasil/>>. Acesso em: 20 março de 2021;

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020;

MARCÍLIO, Maria Luíza. A roda dos expostos e a criança abandonada na História do Brasil, 1726-1950. In: FREITAS, Marcos Cezar de. **História social da infância no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1997. p. 53-79;

MARCÍLIO, Maria. Luíza. **História social da criança abandonada**. São Paulo: Hucitec, 1998. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881999000100014>. Acesso em: 02 de março de 2021;

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 2 ed. São Paulo: RT, 2011. Disponível em: <http://www5.trf5.jus.br/novasAquisicoes/sumario/estatuto_da_crianca_e_do_adolescente_T-24_sumario.pdf>;

SIQUEIRA, Aline Cardoso. A garantia ao direito à convivência familiar e comunitária em foco. **Estudos de Psicologia (Campinas)**, v. 29, n. 3, p. 437-444, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-166X2012000300013&script=sci_arttext>;

SOUZA, Ismael Francisco; CABRAL, Johana; BERTI, Renata Back. O reconhecimento do direito da criança e do adolescente à convivência familiar e comunitária no Brasil. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 11, n. 1, p. 125-148, 2010. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1942>>;

TRINDADE, Judite Maria Barboza. O abandono de crianças ou a negação do óbvio. **Revista brasileira de história**, v. 19, n. 37, 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-01881999000100003#:~:text=Essas%20s%C3%A3o%20as%20crian%C3%A7as%20que,seja%2C%20a%20exist%C3%Aancia%20do%20abandono.&text=Este%20era%20o%20cen%C3%A1rio%20do,XIX%20descrito%20por%20Arlette%20Farge>. Acesso em: 15 de março de 2021.

DIREITO E LITERATURA:
análise da desigualdade de gênero a partir da distopia em *O Poder*

Heidy Cristina Boaventura Siqueira¹

Marcelo Brito²

Simone Rosiane Corrêa Araújo³

Wellem Ribeiro da Silva⁴

RESUMO: O presente trabalho objetiva analisar o romance *O Poder* (título original, *The Power*), de Naomi Alderman, compreendida como uma narrativa distópica ao ressignificar as questões de desigualdade e violência de gênero, como uma crítica à hierarquia do patriarcado ao inverter as posições de opressor/oprimidos, enfatizando que é necessário a superação desse sistema que confere autonomia ou subordinação aos indivíduos em razão de uma diferença sexual, impossibilitando a equidade de direitos. Os estudos têm sido desenvolvidos por meio de pesquisa bibliográfica e documental, esta última consubstanciada no romance de Alderman (2018).

Palavras-chave: *O Poder*. Distopia. Violência de gênero.

ABSTRACT: The present paper aims to analyze the novel *O Poder* (original title, *The Power*), by Naomi Alderman, understood as a dystopian narrative to resignify the issues of gender inequality and violence, as a criticism of the hierarchy of patriarchy by reversing the positions of oppressor / oppressed, emphasizing that it is necessary to overcome this system that gives autonomy or subordination to individuals due to a sexual difference, making equity of rights impossible. The studies have been developed through bibliographic and documentary research, the latter embodied in the novel by Alderman (2018).

Keywords: The power. Dystopia. Gender-based violence.

¹Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

²Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

³Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social da Universidade Estadual de Montes Claros/UNIMONTES. Bolsista FAPEMIG.

⁴Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social da Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES

INTRODUÇÃO

A literatura pode ser compreendida como um meio de analisar de forma crítica a realidade social. É possível pensar a sociedade a partir da literatura, não como mero reflexo, mas como parte constitutiva, uma vez que dá novas significações acerca dos acontecimentos de determinado momento histórico. Nesse sentido, a literatura pode ser um instrumento de denúncia contra as forças opressoras que a compõem e atuam como fator de subjugação.

Desse modo, o presente estudo consiste numa análise do romance *O Poder* (título original, *The Power*), de Naomi Alderman, compreendida como uma narrativa distópica que problematiza as questões de desigualdade e violência de gênero. A obra literária faz críticas ao patriarcado ao inverter as posições de opressor/oprimidos, enfatizando que é necessária a superação desse sistema que confere autonomia ou subordinação aos indivíduos em razão de uma diferença sexual, impossibilitando a equidade de direitos.

A perspectiva de que a obra literária é um espaço em que convergem as leituras do social, do cultural e do histórico interessa às várias áreas de conhecimento atentas às relações entre as produções discursivas e a sociedade na qual estas são inventadas.

A relação entre literatura e sociedade foi considerada sob várias óticas no decorrer dos estudos literários, destacando-se duas: uma tendência em que o *status* artístico da obra é reconhecido tendo em vista que a realidade é algo exterior à obra e esta a espelha; e a outra em que a obra faz parte do social, ou seja, constitui e é constituída por este.

Para Adorno (1983), a obra de arte espelha a ideologia vigente na sociedade, entretanto com um caráter subversivo. A “verdadeira” arte, segundo ele, constitui-se como uma antítese da sociedade por estabelecer não uma simples relação de espelhamento, mas de fratura, de maneira que a relação especular se dá com o que é ocultado na realidade.

Para Bakhtin (1999), todo signo é ideológico e sua função comunicativa não é apenas refletir, mas também refratar a realidade. A linguagem é concebida como um campo de forças, tal qual o existente na heterogeneidade social.

A língua, portanto, não é um instrumento apto a apreender, ou não, “como realmente são as coisas” (ADORNO, 1983, p. 2), ela é “um fragmento material da realidade” (BAKHTIN, 1999, p. 3).

Segundo Candido (2000, p. 14), “o externo (no caso, o social) importa, não como causa, nem como significado, mas como elemento que desempenha um certo papel na constituição da estrutura, tornando-se assim, interno”. Dessa forma, o fator social não disponibiliza apenas as matérias, mas também atua na constituição do que há de essencial na obra enquanto obra de arte.

Essa perspectiva de que a realidade social pode ser analisada de forma crítica pela literatura, guarda íntima relação com o Direito, fomentando, inclusive, pesquisas voltadas para o campo do Direito e Literatura, principalmente nos Estados Unidos e na Europa, no início do século XX. Tal relação pode ser explicada pela importância da hermenêutica para as ciências jurídicas como forma de sistematização dos processos aplicáveis, para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito.

Como afirma Lenio Streck, em entrevista concedida à Henriete Karam (2018, p. 623), todo ato de recepção em linguagem é um ato de interpretação, é dar um contexto ao objeto que nos seja inteligível, atribuindo-lhe um lugar num mundo que já era conhecido. É assim no mundo literário, é assim no mundo jurídico.

Dessa forma, a literatura tem o poder de causar reflexão e estranhamento ao mundo existente, propiciando, inclusive, a subversão da ordem social, moral e juridicamente imposta.

O presente estudo foi desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica e documental, esta última consubstanciada no romance de Alderman (2018) e encontra fundamentação na concepção de Adorno (1983, 2003), Bakhtin (1999) e Candido (2000) de que a narrativa literária é uma forma a partir da qual a cultura pode pensar a si mesma, diagnosticar seus conflitos e refletir sobre seus propósitos. Para os referidos autores os elementos sociais não são exteriores ao texto. A literatura não é mero reflexo mecânico da sociedade, mas sim um modo de experienciar determinado contexto social, dele fazendo parte e, ao mesmo tempo, construindo-o. Neste sentido, no campo literário o gênero da utopia e da distopia emergem como dispositivo de análise radical da sociedade.

1 HORIZONTE UTÓPICO E FUNÇÃO DISTÓPICA

Embora tenha existido em todos os tempos, visto que é inerente ao ser humano a capacidade de sonhar e fantasiar sobre o próprio futuro, o gênero literário utopia encontrou destaque no século XVI, na busca de emancipação ao visualizar um mundo baseado em ideias novas, negligenciadas ou rejeitadas.

Segundo Chauí (2012, p. 376), “o prefixo negativo *u* é a condição implícita de outro prefixo grego, mais positivo, *eu*, que indica nobreza, justeza, abundância. Deste modo, utopia, lugar nenhum, significa também eutopia, lugar feliz”. O fundamento que lhe garantia eficácia ideológica era a confiança no futuro.

As narrativas sobre mundos ideais alcançaram diferentes formas através dos tempos. Primeiramente foram marcadas pela influência de entidades divinas ou sobrenaturais. Depois, passaram a ter por objeto a ação humana. Desse modo, os mundos teorizados pela utopia passam a ser perfeitos não por serem atribuídos “a um regimento metafísico qualquer, mas por serem produzidos por homens e para os homens” (FIGUEIREDO, 2009, p. 325). É a atuação humana e não divina que regula a sociedade. É o ser humano que trabalha e provê a fartura de bens para o grupo social.

Sob este aspecto, a utopia não é apenas a realização de promessa messiânica de felicidade sobre a terra, muito além disso, aponta para a necessidade de reformas sociais que colocassem os sujeitos como centro da vida social.

A partir do século XIX a utopia começa a ser pensada não apenas como uma quimera, mas como um projeto realizável. Conforme Moylan:

[...] é nos anos que antecederam o controle exercido pelo capital financeiro, após o fracasso das revoluções de 1848 – quando outras possibilidades sociais ainda existiam –, a forma utópica tradicional que prevalecia configurava alternativas sistêmicas largamente prescritas e pedagógicas, visando uma sociedade ainda em transformação. Na era subsequente, caracterizada pela hegemonia capitalista, uma nova tendência utópica oferecia topografias mais provocadoras, performáticas e “alternativas” que podiam exercer papel subversivo nas sociedades já dominadas pelas estruturas econômicas e políticas mais bem estabelecidas daquilo que estava se tornando o capitalismo monopolista. Em seguida, nos primeiros anos do século XX, houve uma mudança em direção à face mais obscura, sob a forma da narrativa distópica: à medida que o aparato econômico, ideológico e psíquico do capitalismo fordista – bem como as estruturas do estado autoritário e imperialista – apoderou-se de bem mais vasta proporção da sociedade e do cotidiano, os mundos distópicos, que eram então piores do que no presente, ofereciam uma resposta utópica mais forçosamente estimulante, enquanto a esperança assumia a forma de sua própria negação (MOYLAN, 2003, p. 125).

O movimento conhecido como Esclarecimento, nascido no Iluminismo, passa, em certa medida, ser antecipado pela utopia, que propaga a ideia de que a razão, livre de dogmas, pudesse construir uma sociedade justa. Dois séculos depois o avanço da ciência e da tecnologia não concretizaram a esperança disseminada pela utopia.

Assim, a distopia surge no século XX como uma resposta crítica ao Iluminismo que não alcançou o conhecimento da natureza, o aperfeiçoamento moral e a emancipação política tão propagados.

A noção de distopia por vez, baseia-se na conceituação de Hilário (2013), que aponta a etimologia da palavra como sendo formada pelo prefixo *dis* (doente, anormal, dificuldade ou mal funcionamento) mais *topos* (lugar). Num sentido literal, significa *forma distorcida de um lugar*. Ainda segundo o autor, a narrativa distópica não se configura apenas como visão futurista ou ficção, mas como um mal a ser afastado no presente.

2 A ESTRUTURA PATRIARCAL E A DISTOPIA FEMINISTA

O mundo sob a estrutura patriarcal, aqui entendida sob a conceituação de Saffiot (2004), tem se configurado predominantemente distópico para as mulheres de todos os tempos e lugares. Neste contexto elevam-se as distopias gendradas, ou seja, marcadas pelas questões de gênero, sendo algumas qualificadas como feministas, conforme Cavalcanti (2003), por criticarem o *status quo*, e revisitarem uma tradição literária tradicional e centrada no masculino.

O Poder, de Naomi Alderman (2018), pode ser classificado como distopia feminista, uma vez que reescreve a história sob o domínio feminino. Assim, a autora adota na literatura a abordagem utilizada pelas historiadoras feministas desde a década de 80, que consiste no emprego do gênero como categoria de análise dos fatos históricos. Mais que contar a história silenciada das mulheres, o objetivo central é contar a história geral sob nova perspectiva, incluindo o protagonismo das mulheres. Para isso, os papéis desempenhados pelos atores sociais nas relações de poder são invertidos. A forma como o gênero funciona e perpassa todas as relações sociais é questão central da narrativa. No romance há desigualdade de gênero e violência, mas são os homens os estuprados, amedrontados, perseguidos, mortos, destituídos de direitos.

Naomi Alderman é uma romancista, especialista em história anglo-judaica e engajada no movimento feminista. Para escrever *O Poder*, ganhador do Baileys Women's Prize for Fiction em 2017⁵, Naomi Alderman teve Margaret Atwood⁶, autora de *O conto da Aia*, como mentora.

Publicado pela primeira vez em 27 de outubro de 2016, com o título original *The Power*, o romance é metaficcional, ou seja, é uma ficção que inclui nela mesmo um comentário sobre sua própria narrativa. No enredo, o personagem Neil envia a cópia de seu manuscrito, que é “O Poder”, para Naomi, grande amiga que promete lhe dar uma opinião sincera sobre seus escritos. Neil narra um mundo distópico no qual, cinco mil anos após um evento chamado de “cataclismo”, as mulheres ganharam um misterioso poder, intitulado “trama”, que lhes confere a possibilidade de conduzir um tipo de eletricidade. Esse poder, que poderia ser transmitido de uma mulher a outra, e também era desenvolvido por alguns homens com alterações cromossômicas, poderia causar desde um pequeno formigamento até a morte por eletrochoque.

A história se desenvolve em torno de quatro personagens principais: Margot (prefeita com muitos anseios, cujas ações são barradas pelo governador), Tunde (um jovem aspirante à jornalista que sente a necessidade de registrar os desdobramentos do cataclismo), Roxy (filha de um traficante poderoso, que vê a mãe morrer em retaliação aos atos do pai) e Allie (órfã que já viveu em diversos lares diferentes, sendo, por fim, adotada por pais que se dedicam à religião e à igreja, mas não agem conforme os próprios ensinamentos).

Após a descoberta desse poder, gradualmente o mundo dominado pelos homens entra em ruínas. As mudanças vão se construindo aos poucos: incidentes isolados, mudanças de comportamento das pessoas, medo do desconhecido.

Por fim, as mulheres arrancam seus véus, tomam seus governos, expulsam homens violentos de casa, vão estudar e trabalhar. Mulheres vendidas como escravas sexuais se libertam, tornando-se tão cruéis quanto os homens que as violentaram. Homens começam a ser violentados e assassinados. Os desacompanhados precisam ter cartas assinadas por uma mulher que os autorize a andar pelo país.

⁵ É um dos prêmios literários de maior prestígio do Reino Unido, concedido anualmente a uma autora de qualquer nacionalidade pelo melhor romance original escrito em inglês e publicado no Reino Unido no ano anterior.

⁶ Em maio de 2014, o Baileys Women's Prize for Fiction lançou a campanha #ThisBook para descobrir quais livros, escritos por mulheres, tiveram o maior impacto sobre os leitores. A obra *The Handmaid's Tale*, de Margaret Atwood, foi eleita em segundo lugar.

A violência histórica dirigida às mulheres, legitimada pelos processos de dominação e reprodução sociais e pelas estruturas vigentes no sistema patriarcal, dentro do contexto do romance é direcionada aos homens. A ordem é subvertida, mas permanece a desigualdade de gênero. A concepção de gênero apresentada por Joan Scott (1995) ajuda numa melhor compreensão da reflexão proposta por Alderman ao inverter os sujeitos nas relações de poder.

Para Scott o gênero é elemento constitutivo das relações sociais baseadas na diferença entre os sexos e funciona como elemento primário que dá significado às relações de poder. Por essa razão, é necessário pensar sobre os efeitos do gênero nas relações sociais e institucionais e é essa a questão central em *O Poder*. A proposta funciona muito bem, pois o gênero fornece meios de decodificar significados que permitem compreender complexas interações humanas.

Na narrativa apresentada pela autora os conceitos binários e dicotômicos de sexo e gênero, a representação do feminino e do masculino, assim como os papéis sociais destinados às mulheres e aos homens são reafirmados como construções histórico-discursivas e determinados conforme arranjo de relações masculino/feminino numa dada sociedade. Como demonstrado por Bourdieu (2002), dentro de um contexto determinado de espaço, tempo e cultura se forma uma cosmovisão a partir da qual surgem os significados atribuídos ao feminino e ao masculino, bem como os papéis sociais a eles destinados.

No mundo distópico de Alderman, é o domínio feminino que prevalece no campo do discurso e da linguagem. O próprio narrador-personagem demonstra receio de não parecer crível que um dia o mundo pudesse ter sido dominado por homens:

A primeira pergunta que você vai me fazer é sobre o que é isso. “Não é outro livro chato de história”, foi o que prometi. Depois de escrever quatro livros me dei conta de que nenhum leitor comum vai se dar ao trabalho de encarar montanhas infinitas de provas, de que **ninguém se importa com tecnicidades como a datação de descobertas e comparações entre camadas arqueológicas**. Já vi plateias revirarem os olhos enquanto tento explicar minha pesquisa. Então o que fiz aqui é algo híbrido que espero ter mais apelo para o público em geral. Não é exatamente história nem é exatamente um romance. Uma espécie de “reelaboração ficcional” da narrativa que os arqueólogos concordam ser a mais plausível. Incluí algumas ilustrações de achados arqueológicos que espero serem sugestivas, mas os leitores podem — e certamente muitos vão! — passar por cima delas. **Tenho perguntas para você. É chocante demais? Muito difícil aceitar que algo assim possa ter acontecido, mesmo tanto tempo atrás? Há o que eu possa fazer para a coisa toda parecer mais plausível?** Você sabe o que dizem sobre a

“verdade” e a “aparência da verdade” serem opostas (ALDERMAN, 2018, s./p.).
Grifos nossos.

A análise aqui pode ser feita à luz das ideias de Foucault (1999) que enfatiza o papel desempenhado pela institucionalização do discurso e seu uso como manifestação de poder, alertando para os riscos do seu emprego como instrumento de interdição, rejeição e separação dos indivíduos, dando origem às relações de dominação. Em *O Poder* os homens são estereotipados como perigosos, menos inteligentes, menos diligentes, menos esforçados. Na fala de uma das personagens, “seus cérebros estão nos músculos e no pênis. Ficam doentes mais vezes e drenam os recursos do país” (ALDERMAN, 2018, s./p.).

A segregação masculina abarca tanto papéis econômicos e político-deliberativos, como o controle de sua sexualidade e, por conseguinte, de sua capacidade reprodutiva. O comando sempre está em mãos femininas seja para induzir ou controlar a quantidade de nascimentos, conforme se depreende da fala de uma personagem: “Claro que precisamos deles para produzir bebês, mas de quantos precisamos para isso? Não precisamos do mesmo número de homens e de mulheres” (ALDERMAN, 2018, s./p.).

Na estória de Alderman a atuação da biopolítica do Estado apresentada por Foucault (1999) acontece às avessas. Verifica-se o exercício do poder ao nível da vida, da espécie e dos fenômenos maciços da população através das relações de dominação e hegemonia, mas a subordinação alcança os corpos masculinos, cerceando sua liberdade sexual e reprodutiva, condicionando esses corpos à reprodução humana aos interesses econômicos do Estado.

Outra questão que se destaca na sociedade distópica de Alderman é a presença do falso argumento de igualdade formal entre homens e mulheres em que as diferenças nas estruturas sociais são baseadas no mérito e não no gênero. É possível perceber na obra a crítica ao discurso da meritocracia que também se faz presente nas sociedades patriarcais, balizadas pelo sistema capitalista neoliberal.

Há um discurso de liberdade que esconde um autoritarismo latente em nome de um projeto aparentemente coletivo, mas que pode converter-se no controle de poucos sobre uma massa devidamente reprimida e condicionada: “Não precisamos do mesmo número de homens e mulheres. Evidente que sempre haverá lugar para homens bons, limpos, obedientes. Mas de quantos precisamos? Talvez de dez por cento deles” (ALDERMAN, 2018, s./p.).

Saffioti (2004), ao analisar que o patriarcado serve a interesses dos grupos/classes dominantes, adverte que o sexismo não é meramente um preconceito, sendo também o poder de agir de acordo com ele:

No que tange ao sexismo, o portador de preconceito está, pois, investido de poder, ou seja, habilitado pela sociedade a tratar legitimamente as pessoas sobre quem recai o preconceito da maneira como este as retrata. Em outras palavras, os preconceituosos – e este fenômeno não é individual, mas social – estão autorizados a discriminar categorias sociais, marginalizando-as do convívio social comum, só lhes permitindo uma integração subordinada, seja em certos grupos, seja na sociedade como um todo (SAFFIOTI, 2004, p. 123).

As relações de poder assimétricas e a subordinação de um grupo ao outro é fruto de uma construção histórica e social que envolve vários elementos, inclusive o discurso religioso. Na obra *O Poder* a maioria da população é composta por ateus e o narrador-personagem demonstra surpresa ao encontrar resquícios arqueológicos que colocavam Eva como a figura de perdição do primeiro homem, Adão:

Incluí algumas coisas terrivelmente perturbadoras sobre a Mãe Eva... mas todos sabemos como essas coisas funcionam! Certamente ninguém vai ficar angustiado demais... até porque hoje em dia todo mundo diz ser ateu. E todos os “milagres” na verdade podem ser explicados (ALDERMAN, 2018, s./p.).

Na narrativa de Alderman fica evidenciado o quanto o discurso religioso, como um instrumento de poder, produz desigualdades de gênero e, conseqüentemente, reproduz violências contra as mulheres.

Observa-se também na obra a análise da dificuldade de se alcançar igualdade social quando se deslegitima o status de humanidade de um grupo, impedindo que o reconhecimento do outro se materialize. Ao inverter os papéis e colocar os homens na condição de meros reprodutores, a narrativa de Alderman problematiza a hierarquização das relações de poder que submeteu as mulheres ao papel de objetos da satisfação sexual e reprodutiva.

A problematização levantada por Alderman em seu livro encontra fundamentação nos estudos realizados por Riane Eisler (2007). Em *O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro*, Eisler narra a longa e complexa história vivenciada no ocidente de substituição da cosmovisão baseada no princípio feminino por uma organização social, política e econômica patriarcal. Segundo a

autora, o exame da sociedade humana sob uma perspectiva que inclua mulheres e homens revela certos padrões ou configurações sistêmicas, que caracterizam as organizações sociais de dominação ou, alternativamente, de parceria. Isso implica afirmar que houve momentos históricos nos quais a organização social não estava fundamentada numa dominância masculina, violenta e hierarquizada. Nesse contexto, as mulheres e o feminino não eram vistos como supervenientes e o protagonismo nas relações sociais não era exclusivo dos homens e do princípio masculino. A primeira inversão cultural teria ocorrido com a chegada no ocidente dos chamados “invasores periféricos”, povos caçadores, nômades e guerreiros, cuja organização social e econômica estava estruturada em relações de dominação do masculino sobre o feminino. (EISLER, 2007).

Alderman destaca, todavia, que onde há relações de dominação-exploração, há resistência, há luta, há conflitos, que se expressam, inclusive, pela vingança. No cerne do romance está a questão do poder: quem o detém, de que forma o consegue e quais práticas e controles são reproduzidos. De acordo com Spivak (2010), a verdade do discurso foi escrita por sujeitos e instituições segundo uma vontade de saber e de poder que colocou o oprimido numa posição deslocada, impossibilitando uma posição central na história, nas ciências, nas religiões ou na política. Para essa autora o caminho para as mudanças passa pelo enfrentamento e problematização dos discursos hegemônicos. Sua preocupação central diz respeito ao poder que é negado ao subalterno, assim considerado aquele que se encontra nas “camadas mais baixas da sociedade constituídas pelos modos específicos de exclusão dos mercados, da representação política e legal, e da possibilidade de se tornarem membros plenos no estrato social dominante” (SPIVAK, 2010, p.13). As relações de subordinação e violência vivenciadas pelos homens no mundo criado por Alderman em *O Poder* funcionam como um alerta para o fracasso de uma mera inversão de papéis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O romance *O Poder*, de Naomi Alderman (2018), caracteriza-se como uma distopia feminista e emerge como dispositivo de análise da sociedade contemporânea, fazendo uma crítica à estrutura patriarcal, marcada pela desigualdade de gênero e violência. A narrativa enfatiza que é necessária a superação de um sistema que confere autonomia ou subordinação aos indivíduos em razão de uma diferença sexual, uma vez que, nessa conjuntura, a equidade de direitos torna-se impossível. A estória contada por Alderman explicita as conexões entre gênero e poder revelando como a política - aqui entendida enquanto espaço no qual atores, sujeitos e significados diferentes lutam entre si para assegurar o controle - constrói o gênero e o gênero constrói a política. Permite compreender, enfim, os efeitos do gênero nas relações sociais e institucionais.

A despeito da provocativa inversão de papéis, no mundo distópico de Alderman configurou-se, da mesma maneira, um contexto de violência simbólica e institucional que dificultou o pleno acesso dos sujeitos subordinados aos mais variados direitos. Verifica-se, portanto, que uma mudança definitiva depende da substituição das relações de dominação por relações de parceria que permitam a reestruturação do mercado de bens simbólicos, o que só seria possível através da ressignificação dos elementos envolvidos nas relações sociais.

Não basta permitir que uma parte das mulheres ocupe posições econômicas, políticas e religiosas tradicionalmente reservadas aos homens. É preciso dar às mulheres autonomia enquanto classe social, eliminando-se qualquer que seja a profundidade da dominação-exploração da categoria mulher pela dos homens, sob pena de, como afirmado por Saffioti (2009), manter-se a natureza do patriarcado. A superação da desigualdade de gênero, portanto, exige transformações radicais na estrutura social no sentido da preservação das diferenças e da eliminação das disparidades pelas quais é responsável a sociedade.

Assim, no século XXI, em que retrocessos em relação às vitórias conquistadas por políticas feministas são constantes, a literatura emerge como mecanismo para se pensar a sociedade, ressignificando os acontecimentos e servindo de alerta contra a possível barbárie.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. Palestra sobre lírica e sociedade. *In: Notas de Literatura*. São Paulo: Editora 34, 2003.

ADORNO, Theodor. Posição do narrador no romance contemporâneo. *In: Textos escolhidos*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ALDERMAN, Naomi. **O poder**. Tradução de Rogério Galindo. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018.

ARAÚJO, Simone Rosiane Corrêa; MEIRA, Newton Ataíde. **Loira, gelada e devassa: violência simbólica contra mulher nas campanhas publicitárias**. In: Seminário Internacional Desfazendo Gênero, 3., 2017, Campina Grande. **Anais...** Disponível em: www.desfazendogenero.ufba.br. Acesso em 14/04/2021.

BAKHTIN, Mikhail. **Questões de literatura e de estética**. São Paulo: Unesp, 1998.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: Hucitec, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CANDIDO, Antonio. **Literatura e sociedade**. São Paulo: Publifolha, 2000.

CAVALCANTI, Ildney. A distopia feminista contemporânea: um mito e uma figura. *In*: BRANDÃO, Izabel; MUZART, Zahidé (Orgs.). **Refazendo Nós: ensaios sobre mulher e literatura**. Florianópolis: Ed. Mulheres; Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2003.

CHAUÍ, Marilena. Breve consideração sobre a utopia e a distopia. *In*: **Filosofia e Cultura: Festschrift em homenagem a Scarlett Marton**. São Paulo: Barcarolla, 2012.

DEPLAGNE, Luciana Calado; CAVALCANTI, Ildney. **Utopias sonhadas/distopias anunciadas: feminismo, gênero e cultura queer na literatura**. João Pessoa: Editora UFPB, 2019.

EISLER, Riane. **O cálice e a espada: nosso passado, nosso futuro**. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2007.

FIGUEIREDO, Carolina Dantas de. Da utopia à distopia: política e liberdade. *In*: **Revista Online de Literatura e Linguística Eutomia**, n. 1, 2009, p. 324-362.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 5.ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. 13.ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

HILÁRIO, Leomir Cardoso. Teoria crítica e literatura: a distopia como ferramenta de análise radical da modernidade. *In*: **Anuário de Literatura**, Florianópolis, v.18, n. 2, 2013, p. 201-215.

KARAM, Henriete. Entrevista com Lenio Streck a literatura ajuda a existencializar o Direito. *In*: **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 4, n. 2, jul./dez. 2018, p. 615-626.

MOYLAN, Tom. Utopia e pós-modernidade: seis teses. *In: Leitura – Literatura e Utopia*, n. 32, jul./dez. 2003, p. 121-134.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Fundação PerseuAbramo, 2004.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. *Revista Educação e Realidade, Local*, v.20, n.2. 1995. Disponível em <www.seer.ufrgs.br>. Acesso em 14/04/2021.

SILVA, Luciana Marinho Fernandes da. Literatura e sociedade: da teoria do reflexo à construção discursiva de identidades sociais. *In: Revista da Pós-Graduação em Letras – UFPB*, João Pessoa, v. 7, n. 2, 2005, p. 141-146.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Editora UFMG: Belo Horizonte, 2010.

**A ÉTICA SPINOZANA E A CRISE DA TEORIA NORMATIVA PURA DA
CULPABILIDADE**

**THE SPINOZA'S ETHICS AND THE CRISIS OF THE PURE NORMATIVE
THEORY OF CULPABILITY**

Afrânio Henrique Pimenta Bittencourt¹

Paulo Henrique Campos Leite²

RESUMO: A crise da teoria normativa pura da culpabilidade deu ensejo a uma grave discussão entre os doutrinadores, na qual se destacam dois polos: o conceito formal de culpabilidade e a teoria da motivabilidade. Este artigo, esteado em Spinoza, se põe a indicar uma solução em meio à doutrina. Não se trata de oferecer uma resposta advinda propriamente do spinozismo, mas de fazer uma escolha doutrinária, em atenção à Constituição de 1988. Concluiu-se que a teoria da motivabilidade resolve a referida crise ao se valer da capacidade da lei penal de motivar o indivíduo a observá-la para que não seja punido.

Palavras-chave: Culpabilidade. Direito Penal. Spinoza.

ABSTRACT: The crisis of the pure normative theory of culpability resulted in a grave discussion among the doctrinators, in which two poles have particular emphasis: the formal concept of culpability and the theory of motivability. This paper, based on Spinoza, aims to indicate a solution. It is not about to offer an answer from Spinozism. It makes a doctrinal choice, in accordance with the Constitution of 1988. It was concluded that the theory of motivability solves this crisis because it invokes the capacity of criminal law to motivate an individual to comply it so he will not be punished.

Keywords: Criminal Law. Culpability. Spinoza.

INTRODUÇÃO

A diferenciação entre antijuridicidade e culpabilidade, produzida em meados da segunda bissecção do século XIX, significou uma transformação substancial da dogmática penal,

¹Acadêmico do curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes)

²Professor do Departamento de Direito Público Substantivo da Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Mestre pela UFMG. Doutorando no Programa de Pós Graduação em Desenvolvimento Social da Unimontes

marcadamente a partir da obra de Von Litz. A culpabilidade é entendida tradicionalmente como fundamento e limite para a imputação de uma pena que se entende ser justa. Demais, culpabilidade é tida também como instrumento de prevenção de crimes, sendo um aporte a estabilidade do sistema normativo. Exige-se, para o exercício do *jus puniendi*, não somente a conduta típica e antijurídica, mas também a culpabilidade, isto é, no degrau valorativo do processo de imputação, deve-se observar as características individuais do agente.

Para a originária teoria psicológica da culpabilidade, dominante em parte dos séculos XIX e XX, o erro e a coação bastavam para afastar a culpabilidade, uma vez desfeito o vínculo psicológico. A teoria psicológica, mesmo em sua forma mais elaborada, não se sustentou em vista das dificuldades de sua própria natureza, marcadamente a de não conseguir configurar um conceito superior de culpabilidade, sobretudo em se tratando da culpa inconsciente. Referida teoria se contradiz ao se dizer psicológica e admitir a culpa, pois que esta diz respeito, a bem da verdade, à norma. Assim, revelou-se insuficiente.

Em lugar da teoria psicológica, emergiu a teoria normativa, ou normativa-psicológica, inaugurada por Reinhard Frank, e tendo como principais autores James Goldschmidt, Berthold Freudenthal e Edmund Mezger. De acordo com essa teoria, a culpabilidade é um juízo de valoração sobre o agente, não mais um vínculo entre este e o fato, falando-se, então, em uma reprovação que recai sobre o agente-autor de fato típico e ilícito, somados à imputabilidade, ao elemento psicológico-normativo e à exigibilidade de conduta diversa. Diferentemente da primeira teoria mencionada retro, o dolo, na teoria normativa, constitui-se pela voluntariedade, pela previsão dos fatos e pela consciência atual da ilicitude, perfazendo-se híbrido.

Também a teoria normativa caducou. Sobreveio, então, a teoria normativa pura, originada da remoção dos elementos subjetivos do orbe da culpabilidade, contribuição do finalismo, começado pelo normativismo neokantiano. A teoria finalista demove o dolo e a culpa da culpabilidade e o põe no tipo penal, restando à culpabilidade as circunstâncias condicionantes da reprovabilidade. Assim, o dolo e a culpa não são mais tidos como espécies, tampouco como elementos da culpabilidade, passando a ser, em lugar disso, integrantes da ação e do injusto pessoal. A culpabilidade normativa pura tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta segundo o direito. Tudo somado, trata-se da reprovabilidade da vontade do agente.

O problema do livre arbítrio, porém, se apresenta como óbice aos fundamentos da reprovação da culpabilidade na teoria normativa pura, porquanto a possibilidade do autor de agir consoante o direito seja pressuposto da culpabilidade. Entra em crise, então, a teoria normativa pura, a

despeito dos esforços de seus partidários, como Hans Welzel e Jescheck. Disso se segue um debate grave entre os doutrinadores acerca do que é constitutivo da culpabilidade, destacando-se dois polos, quais sejam, o conceito formal de culpabilidade e a teoria da motivabilidade (BITENCOURT, 2019).

Diante do impasse em epígrafe, o presente trabalho tem como objetivo, esteado na filosofia de Baruch de Spinoza, indicar uma solução em meio à doutrina. Decerto que não se pretende, por sobejo longo, forçar uma aproximação entre o spinozismo e a teoria da motivabilidade ou o conceito formal de culpabilidade; quiçá muito outra seria a sua reflexão acerca da responsabilização penal. Os limites colocados pela discussão doutrinária e pela normativa constitucional impõem toda sorte de cuidados. Ressalta-se, ainda, que a obra na qual Spinoza provavelmente desenvolveria essa questão, a saber, *Tratado Político*, restou inacabada em razão de sua morte. Portanto, este trabalho não se compromete a oferecer uma solução advinda propriamente do spinozismo, mas fazer, a partir dele, uma escolha doutrinária, pautando-se, ainda, pelos postulados e garantias achados na Constituição da Federal de 1988.

Trata-se de uma pesquisa teórico-bibliográfica, pois que se vale do exame de obras acerca de temáticas atinentes a este trabalho nas áreas da filosofia e do direito, marcadamente a *Ética*, de Baruch de Spinoza, considerada o texto que melhor sistematiza a filosofia spinozana. A análise a que se propõe o presente texto se dá através do método dedutivo.

1 O LIVRE ARBÍTRIO E O SPINOZISMO

Nenhuma verdadeira teoria acerca do livre arbítrio fora formulada na Antiguidade, não obstante os filósofos greco-romanos tenham discutido a necessidade e o acaso. Tampouco os primeiros cristãos o fizeram – a título de exemplificação, para São Paulo, as ações humanas decorriam invariavelmente da vontade de Deus. Foram os doutores da Igreja Romana, algum tempo depois, que isentaram a vontade humana do domínio da vontade divina, erigindo uma doutrina que entendia ser livre não somente o homem, mas também a sua vontade, sendo aquele determinado por nada além desta (HOBBS, 2020).

Pode ser localizada a primeira formulação da teoria do livre arbítrio, não sem risco, em um escrito de Santo Agostinho (1995), para quem a vontade é uma faculdade concedida aos seres humanos por Deus – o bem imutável -, que deve ser o objeto de busca dessa liberdade, não obstante lhes seja possível, precisamente por serem livres, embrenhar-se em caminhos muito outros. Desta subversão, isto é, da sedição humana às inclinações do desejo rumo a bens mutáveis, originou-se o pecado. Ora, tivesse tal movimento causação natural ou necessária não poderia ser de maneira

alguma culpável e qualquer pecado seria escusável e determinado por Deus, pois.

Vasta é a tradição que concebe o humano como portador de uma razão legisladora, sendo Immanuel Kant um de seus mais destacados teóricos. Preleciona Kant (2013) que a vontade é a faculdade de apetição que acha na razão do sujeito o seu fundamento interno de determinação. Arbítrio e desejo podem estar contidos sob a vontade na medida em que a faculdade de ação em geral pode ser determinada pela razão. Livre é o arbítrio que pode ser determinado pela razão pura.

O arbítrio animal é aquele que só é determinável pelo impulso sensível, ao passo que o arbítrio humano, conquanto seja afetado, não é determinado pelos impulsos, e não se dá sem uma prática adquirida pela razão, isto é, não é puro por si mesmo, ainda que por uma vontade pura possa ser determinado às ações. A independência do arbítrio, quanto a sua determinação pelo *stimulus*, caracteriza a sua liberdade – conceito negativo. O conceito positivo compreende a capacidade da razão pura de ser, por si mesma, prática (KANT, 2013).

A liberdade da vontade, entretanto, não restou incólume, havendo uma alargada e rija plêiade de resistências que intentam elidi-la. Para Friedrich Nietzsche (2017), incréu da ideia de livre arbítrio, a invenção da doutrina da vontade pelos teólogos se deu com o fim de punir, de achar culpados, tendo sido o devir despido de sua inocência, pois que se tentou explicar pela vontade, atos de responsabilidade e intenções, algum jeito de ser. Assim, as pessoas, para que pudessem ser condenadas e punidas, foram imaginadas livres, sendo as suas ações entendidas como queridas e presentes na consciência.

Também Baruch de Spinoza, no século XVII, muito antes de Nietzsche, criticou a ideia de livre arbítrio. Consta da proposição 48 da parte II (Da origem e da natureza da mente) da *Ética* que “não há na mente, nenhuma vontade absoluta ou livre: a mente é determinada a querer isto ou aquilo por uma causa que é, também ela, determinada por outra, e esta última, por sua vez, por outra, e assim até o infinito” (SPINOZA, 2015, p. 87).

A mente humana é um modo definido e determinado, sendo a ideia de uma coisa singular existente em ato o que, primeiramente, a constitui. Entende-se por coisa singular aquela que é finita e que tem existência determinada, e o objeto da ideia que constitui a mente humana, isto é, a coisa singular da qual a mente humana é ideia, é o corpo, o qual é um modo definido de extensão, existente em ato. Destarte, a mente não pode ser causa livre de suas ações, sendo determinada a querer isto ou aquilo por uma causa, a qual é, também, determinada por outra, e assim até o infinito. Ora, se é assim, não se pode dizer, quanto à mente, se tratar de uma faculdade absoluta de querer ou não querer. Pois que é um modo, a mente humana não é causa de si, isto é, sua essência

envolve existência, e, portanto, sujeita-se ao nexu infinito das causas. A mente humana não é dissociada da natureza e, por isso, não há que se falar em livre arbítrio (SPINOZA, 2015).

A exemplo da vontade, as demais faculdades, tais como a de desejar, de compreender e de amar, são absolutamente fictícias ou, então, entes metafísicos e universais, os quais, a partir de coisas particulares, são comumente formados. Por isso mesmo, isto é, por serem abstrações não causam efeito algum. Registra-se que vontade não se confunde com desejo. Aquela é a faculdade de afirmar ou de negar, ao passo que esta é faculdade da mente de apetecer ou de rejeitar. A vontade, portanto, não existe na Natureza, e, conseqüentemente, não é livre ou não, na medida mesma em que sequer é. As pessoas se imaginarem livres se explica pelo fato de que todas nascem ignorantes das coisas e apetece-lhes a busca por aquilo que lhes seja útil; por isso, estando cômicas de suas volições e desejos, mas ignorantes daquilo que lhes dá causa, as pessoas se acreditam livres (SPINOZA, 2015).

Na proposição seguinte, isto é, na proposição 49 da parte II da *Ética*, lê-se: “Não há, na mente, nenhuma volição, ou seja, nenhuma afirmação ou negação, além daquela que a ideia, enquanto ideia, envolve” (SPINOZA, 2015, p. 88). Entende-se por ideia o próprio inteligir. Somente volições singulares existem na mente, e toda volição é a própria ideia, sendo vontade e intelecto a mesma coisa. Afasta-se, então, a causa à qual se atribui o erro (SPINOZA, 2015).

2 O ESTADO CIVIL E OS AFETOS

Em uma carta de 1674 ao seu amigo Jarig Jelles, Spinoza explica em que se distancia de Thomas Hobbes. *Ipsis litteris*:

Quanto à Política, a diferença entre mim e Hobbes, da qual me interrogas, consiste em que eu sempre conservo incólume o direito natural, e defendo que, em qualquer Urbe, ao Magistrado Supremo somente compete o direito sobre os súditos na medida em que ele os supera em poder, a exemplo do que sempre acontece no estado natural (SPINOZA, 1972, p. 239, trad. livre)³.

Entretanto, de início, marcar essa distinção não é simples, vez que se faz necessário compreender o que Spinoza entende por direito natural, porquanto o hobbesianismo não o exclui inteiramente da vida civil. Com efeito, preleciona Hobbes (2014) que as pessoas, no fito de terem paz e através

³ No original em latim: “Quantum ad Politicam spectat, discrimen inter me, & Hobbesium, de quo interrogas, in hoc consistit, quòd ego naturale Jus semper sartum tectum conservo, quòdque Supremo Magistratui in quâlibet Urbe non plus in subditos juris, quàm juxta mensuram potestatis, quâ subditum superat, competere statuo, quod in statu Naturali semper locum habet.”

dela se conservarem, criaram o Estado e as leis civis, que, mediante pactos mútuos, as mantêm presas, de um lado, a quem ou àquele que detém o poder soberano, e de outro, aos seus próprios ouvidos. Nenhum Estado, por óbvio, porém, estabelece regras o suficiente para regular todas as palavras e ações humanas, sendo possível concluir que, mediante tais lacunas, as pessoas têm liberdade de seguir as suas próprias luzes, de modo que a liberdade dos súditos se basta ao que é permitido pelo poder soberano.

Para Spinoza (2009), pois que Deus, isto é, a natureza, a tudo tem direito e tudo é potência de Deus, na medida em que esta é absolutamente livre, qualquer coisa natural tem tanto direito quanto potência de operar e de existir tiver, porquanto tal potência não é senão a própria potência de Deus. Assim, entende-se por direito de natureza a própria potência da natureza, e, por conseguinte, o direito natural se mede pela extensão da potência de cada pessoa. Fossem as pessoas unicamente governadas pela razão, o direito de natureza somente seria determinado pela potência da razão. Todavia, é o desejo, e não a razão, o que no mais das vezes as conduz, e, por isso, o direito natural se define pelo apetite através do qual são determinadas a agir e com o qual se esforçam para se conservar. Com efeito,

[...] na medida em que cada coisa se esforça, tanto quanto está em si, por conservar o seu ser, não podemos de forma alguma duvidar de que, se estivesse tanto em nosso poder vivermos segundo os preceitos da razão como conduzidos pelo desejo cego, todos se conduziriam pela razão e organizariam sabiamente a vida, o que não acontece minimamente, pois cada um é arrastado pelo seu prazer (SPINOZA, 2009, p. 13-14).

Cada um existe e faz o que se segue da necessidade de sua própria natureza pelo direito supremo da natureza, e é a partir dele que julga e que se esforça para conservar o que ama e destruir o que odeia. Fossem os seres humanos governados pela razão, o gozo desse direito se daria sem prejuízo aos demais, entretanto são submetidos a afetos, em muito superiores à potência ou à virtude humana, razão pela qual, tantas vezes, ao invés de, como precisam, ajudarem-se mutuamente, são levados a direções muito outras e são reciprocamente contrários. Por isso, os seres humanos devem fazer concessões ao seu direito natural e se dar garantias recíprocas para que, assim, possam viver em concórdia (SPINOZA, 2015).

O estado civil, pois, se dá pela concessão, por parte das pessoas, de seu desejo de causar danos a outrem. No estado de natureza, conquanto a extensão do direito de cada um se perfaça pela sua potência, em muito esta é superada em face dos demais, de sorte que o direito natural não é senão nulo e é mais uma opinião do que uma realidade (SPINOZA, 2009). Portanto,

[...] concluimos que o direito de natureza, que é próprio do gênero humano, dificilmente

pode conceber-se a não ser onde os homens têm direitos comuns e podem, juntos, reivindicar para si terras que possam habitar e cultivar, fortificar-se, repelir toda a força e viver segundo o parecer comum de todos eles. Com efeito, quanto mais fortes forem os que assim se põem de acordo, mais direito têm todos juntos. E se é por esta razão, a saber, porque os homens no estado natural dificilmente podem estar sob jurisdição de si próprios, que os escolásticos querem chamar ao homem um animal social, nada tenho a objetar-lhes (SPINOZA, 2009, p. 19).

Somente um afeto mais forte e contrário a um afeto pode refreá-lo. Assim, faz-se possível o estado civil, na medida mesma em que os seres humanos se abstêm de causar danos a outros por medo de sofrerem um prejuízo maior. É sob essa lei que se estabelece a sociedade, a qual deve tomar para si o direito de cada um de vingar e julgar sobre o bem e o mal. Uma tal sociedade, então, prescreve normas de vida comum e elabora leis a serem cumpridas não pela razão, que não pode fazer óbice aos afetos, mas por ameaças (SPINOZA, 2015).

A liberdade, consoante Spinoza (2009), é uma virtude, isto é, uma perfeição, e qualquer impotência que se possa atribuir a alguém não se pode atribuir a sua liberdade. Entende-se o ser humano tanto mais livre quanto menos se lhe concebe como não governado pela razão e como quem escolhe o mal⁴ em lugar do bem⁵. Aquilo que à sociedade civil leva discórdia é tido por mau, ao passo que ao contrário, isto é, aquilo que leva à sociedade civil concórdia, é útil (SPINOZA, 2015).

Spinoza e Hobbes, então, se desencontram. Enquanto, para o hobbesianismo, a liberdade é a falta de leis impeditivas da realização dos desejos das pessoas, para o spinozismo, viver segundo as próprias paixões é a mais grave manifestação de servidão, sendo as leis civis necessárias contra as paixões. Assim, para Spinoza, é no interior da sociedade civil que se dá a afirmação do direito natural, o qual, fora dela, não se realiza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A CULPABILIDADE EM CRISE

Na discussão doutrinária acerca do problema do livre arbítrio, destacam-se duas soluções oferecidas, a saber, o conceito formal de culpabilidade, cujos representantes mais significativos são Claus Roxin e Günther Jakobs; e a teoria da motivabilidade, que tem como teóricos mais destacados Francisco Muños Conde e Santiago Mir Puig.

⁴ “Por mal compreenderei [...] aquilo que sabemos, com certeza, nos impedir que desfrutemos de algum bem” (SPINOZA, 2015, p. 158).

⁵ “Por bem compreenderei aquilo que sabemos, com certeza, nos ser útil” (SPINOZA, 2015, p. 158).

Para Roxin (1997), em lugar da culpabilidade, o terceiro atributo do delito passa a ser a responsabilidade, a qual abarca a necessidade preventiva da pena e o juízo de culpabilidade. Quando a acessibilidade normativa e a capacidade de autocontrole existem, isto é, em se verificando a capacidade da pessoa de agir segundo a norma, ela é tida, juridicamente, como livre. Assim, a culpabilidade fundamenta apenas o dever de responder pela conduta. A necessidade e a medida da pena, porém, ficam a ser definidas pelos fins preventivos da pena. No magistério de Jakobs (1995), em termos gerais, o conteúdo garantista da culpabilidade se perde, dando lugar a uma finalidade preventivo-geral da pena, a partir de um entendimento de que se deve manter a confiança da norma violada.

Modo outro, Muñoz Conde (2010) e Mir Puig (2002) não admitem a possibilidade de agir de maneira diversa como fundamento da reprovação de culpabilidade, pois que aquele se faz indemonstrável. Em lugar disso, preleciona Muñoz Conde (2010), concentram-se na relação estabelecida entre indivíduo e norma penal, no que respeita à função motivadora desta. Destarte, importa que as pessoas possam ser motivadas pela norma penal a se abster daquelas condutas proibidas sob ameaça de sofrer pena. A motivabilidade se pauta, pois, através das condições de participar da vida em sociedade, devendo-se levar em conta se o agente-autor do injusto se acha em iguais condições quanto ao restante da sociedade ou se fora condicionado por relevante motivação. Observados os princípios e valores do Estado Democrático de Direito, poder-se-á apenar com alguma legimitidade.

Os entendimentos sustentados por Roxin e Jakobs, em um Estado que se pretende democrático e de direito, revelam-se inadequados à medida em que possibilitam o arbítrio estatal e servem a um utilitarismo. Por outro lado, a teoria da motivabilidade, marcadamente tal qual sustentada por Muñoz Conde, parece se aproximar da lição de Spinoza, levando-se em conta, ainda, os postulados e garantias do texto constitucional de 1988, pois que se vale da capacidade da norma penal de motivar o indivíduo a não transgredi-la pela ameaça de sofrer sanção, vez que se movem pelos afetos, e, não, pela razão, e, por isso mesmo, fundam o estado civil, onde há justo e injusto, diferentemente do estado natural. Desta sorte, as exigências da vida em sociedade de julgar e punir encontram legitimidade e fundamentação, sendo possível erigir um conceito de culpabilidade que não se esvazia pelo problema do livre arbítrio e que observa o garantismo, indissociável do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. **O livre-arbítrio**. Trad. Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

HOBBS, Thomas. **The questions concerning liberty, necessity, and chance**. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=eLpdAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 23 de setembro de 2020.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal , parte general – fundamentos y teoria de la imputación**. Madri: Marcial Pons, 1995.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Trad. Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hukshof. Petrópoles: Vozes; Brangança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, parte general**. 6. ed. Barcelona: PPU, 2002.

MUÑOS CONDE, Francisco. **Derecho Penal, parte especial**. Valência: Tirant lo Balch, 2010.

NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculo dos ídolos, ou, como se filosofa com o martelo**. Trad. Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2017.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general – Fundamentos. La estructura de la teoria del delito**. Trad. Diego-Manuel Lúzon Pena, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vincente Remensal. Madri: Civitas, 1997.

SPINOZA, Benedictus de. **Ética**. Trad. Tomaz Tadeu. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

SPINOZA, Benedictus de. **Tratado político**. Trad. Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SPINOZA, Benedictus de. **Opera**. v. 4. Heidelbergue: Carl Winters Universitaetbuchhandlung, 1972.

O PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL E A LEITURA AXIOLÓGICO-INDUTIVA DA CONSTITUIÇÃO

Guilherme Sandoval Góes¹

RESUMO: O presente artigo tem a pretensão de examinar o paradigma neoconstitucional, aqui vislumbrado como o novo constitucionalismo da pós-modernidade, cujo desafio é promover a reaproximação entre o direito e a ética, bem como garantir a força normativa dos princípios constitucionais. Para tanto, este artigo pretende investigar a superação do paradigma positivista autopoiético a partir da leitura axiológico-indutiva da Constituição.

Palavras-chave: Paradigma neoconstitucional. Leitura axiológico-indutiva da Constituição. Discurso axiomático-dedutivo do direito. Ativismo judicial democrático.

ABSTRACT: This article intends to examine the neoconstitutional paradigm, here envisioned as the new constitutionalism of postmodernity, whose challenge is to promote the rapprochement between law and ethics, as well as guarantee the normative force of constitutional principles. To this end, this article aims to investigate the overcoming of the autopoietic positivist paradigm from the axiological-inductive reading of Constitution.

Keywords: Neoconstitutional paradigm. Axiological-inductive reading of Constitution. Axiomatic-deductive discourse of law. Democratic judicial activism.

INTRODUÇÃO

A teoria hermenêutica sofreu e vem sofrendo mudanças paradigmáticas em tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito, cujo perfil de evolução perpassa necessariamente pela superação do positivismo e seu discurso fechado e autopoiético. Com efeito, o arquétipo positivista confere ao direito a possibilidade de autotransformação sistêmica dentro de uma visão autopoiética, fechada em si mesmo, autorreprodutora e autorreguladora, como se o direito fosse autônomo em relação à sociedade e aos demais fluxos epistemológicos, *e.g.*, filosofia, sociologia, ciência política e economia.

¹Professor do PPGSID da ESG e do PPGCA da UNIFA.

Sob a ótica da sofisticada teoria de Luhmann (1998), o direito autopoietico não se comunica com os demais subsistemas sociais, já que fechado em si mesmo. Ou seja, os subsistemas sociais são concebidos com base na noética, cujos princípios se estruturam a partir de uma lógica de “ordem no sistema sem contradições”. Fácil perceber, portanto, que a interpretação positivista possui uma racionalidade noética - sem antinomias objetivas - que não se coaduna com o direito constitucional contemporâneo, eivado de colisões de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Assim, sob a égide da interpretação noética do positivismo jurídico, o juiz deve aplicar mecanicamente o texto da norma escrita, que não admite dúvida quanto ao seu sentido, não lhe cabendo fazer nenhum tipo de raciocínio discursivo ou dianoético, restando-lhe apenas subsumir os casos concretos aos textos das normas feitas abstratamente pelo legislador democrático (dogma da subsunção silogística). Dito de outro modo, o direito autopoietico parte de uma lógica noética de “ordem no sistema”, que não se contradiz, que se autotransforma, que se autorregula e que se autorreconstrói, sem nenhum contato com os elementos extrajurídicos do caso concreto, sejam axiológicos, sejam fáticos.

Isto significa dizer que a interpretação como atividade noética fica restrita à letra da norma posta pelo legislador democrático, dentro de um legalismo normativista estrito que faz coincidir o texto da norma e a norma propriamente dita, daí surgindo a ideia de juiz boca da lei. Ora o paradigma neoconstitucional se desenvolve exatamente contra essa dinâmica de interpretação como atividade noética do magistrado, na medida em que transita em espectro normativo muito mais complexo, no qual florescem as colisões de normas constitucionais de mesma hierarquia, o que evidentemente exige a interpretação como atividade dianoética, que deve necessariamente fazer uso do raciocínio discursivo; aliás, as expressões dianoético e discursivo são sinônimas.

É por tudo isso que o presente trabalho pretende demonstrar que a cosmovisão positivista de “ordem noética sem contradição sistêmica” não se harmoniza com o “sentimento constitucional de justiça”, cuja base fundante é a busca da “resposta constitucionalmente adequada”. E mais, no âmbito do paradigma neoconstitucional, vamos procurar evidenciar que a “resposta constitucionalmente adequada” será a “resposta axiologicamente predominante em determinado caso concreto”, daí a relevância científica da leitura axiológico-indutiva da Constituição. Assim sendo, a decisão final de mérito do juiz neoconstitucionalista somente será encontrada após um processo de ponderação de valores constitucionais em tensão (leitura axiológica), dentro de um mesmo caso concreto (leitura indutiva).

Eis aqui o núcleo duro da reflexão científica que se pretende desenvolver acerca do paradigma neoconstitucional, qual seja: examinar a reaproximação entre o direito e a ética a partir da força

normativa dos princípios constitucionais. E é exatamente por isso que a metodologia empregada neste artigo possui uma perspectiva hermenêutica, que vai procurar investigar os diálogos epistemológicos entre a interpretação da Constituição, a efetividade dos princípios jurídicos, a teoria da argumentação jurídica e o ativismo judicial, aqui vislumbrado como a criação jurisprudencial do direito. Em consequência, o método de trabalho do presente artigo é o hipotético-dedutivo, baseado em pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, que investiga, de um lado, os avanços hermenêuticos advindos da escola neoconstitucionalista do direito e, do outro, as implicações de um protagonismo judicial desproporcional que coloca em risco a separação de poderes e, na sua esteira, o próprio Estado Democrático de Direito.

Deste modo, com base no pensamento neoconstitucionalista pós-positivista, urge estabelecer o encontro epistemológico entre a dimensão retórica das decisões judiciais como fator integrante da normatividade do direito e o espaço discricionário do legislador democrático. Ou seja, urge encontrar o equilíbrio entre a criação judicial do direito (ativismo judicial democrático) e o princípio da separação de poderes. Há que se reconhecer, portanto, que o ativismo judicial democrático-proporcional se transformou na pedra angular da garantia dos direitos fundamentais, notadamente naquelas situações nas quais impera a síndrome da ineficácia constitucional, contexto normativo-exegético que é gerado a partir da omissão inconstitucional do legislador democrático.

Com tal tipo de intelecção em mente, fica mais fácil compreender as razões pelas quais o constitucionalismo da pós-modernidade necessita limitar o ativismo judicial a partir da autocontenção de juízes e tribunais e cujo termômetro hermenêutico é indubitavelmente o controle intersubjetivo das decisões judiciais feita pela Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição, tal qual vislumbrada por HÄBERLE (1997).

Assim, o presente artigo tem a pretensão de contribuir para a evolução da teoria constitucional, que envolve temas complexos de hermenêutica jurídica, tais como, a reconstrução neoconstitucionalista do direito e a filtragem constitucional, bem como as relações entre a dimensão retórica das decisões judiciais e a leitura axiológico-indutiva do direito. Enfim, este é o espectro temático do presente artigo.

A RECONSTRUÇÃO NEOCONSTITUCIONALISTA DO DIREITO E A FILTRAGEM CONSTITUCIONAL.

Para compreender a conexão epistemológica entre o paradigma neoconstitucional e a leitura axiológico-indutiva da Constituição, impende, antes, examinar o perfil de evolução do fenômeno da constitucionalização do direito, desde um período inicial de hegemonia plena do Código Civil

atrelado ao Estado Liberal de Direito, perpassando-se pela etapa intermediária de formação de macrossistemas normativos autônomos do Estado Democrático Social de Direito, até, finalmente, chegar-se ao atual estágio de filtragem constitucional, base fundante do paradigma neoconstitucional.

Durante a vigência do Estado Liberal de Direito (1789-1919), predominou a posição hegemônica do Código Civil, inspirada no pensamento individualista burguês e sob influência do racionalismo iluminista, daí a ideia de constitucionalismo garantista de direitos civis e políticos de primeira dimensão. Tal posição hegemônica do Código Civil se explicaria pela primazia dos direitos individuais dentro de uma perspectiva de estatalidade mínima, isto é, um contexto jurídico ausente de fixação de zonas de não interferência estatal, com o objetivo de sacralizar a esfera de autonomia privada. Nesse sentido, sob a égide do Estado Liberal, o Código Civil atuava como uma verdadeira Constituição, restando à Constituição propriamente dita apenas regular as regras procedimentais do jogo democrático, sem nenhum tipo de compromisso com a garantia da dignidade da pessoa humana, ainda que em sua expressão mínima.

Urgia, portanto, ultrapassar a elaboração teórica do pensamento liberal burguês e engendrar um novo arquétipo constitucional, agora focalizado na Constituição-Dirigente, consagradora da segunda dimensão dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Constituição do México de 1917 e, em especial, a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha, são os grandes marcos da constitucionalização dos direitos sociais de segunda dimensão. E assim é que, pelo menos no campo constitucional, a reengenharia antiliberal do welfarismo constitucional procurou, a um só tempo, superar o dogma da sacralização da autonomia privada e abrir espaço para as ações estatais prestacionais garantidoras dos direitos sociais dos hipossuficientes. Começava a despontar o fenômeno da chamada “publicização do direito privado”, em contraposição à posição patrimonialista hegemônica do Código Civil.

Com isso, ocorre a formação de diversos microssistemas legislativos, que, lentamente, vão ganhando autonomia normativa até, finalmente, se transformarem em subsistemas jurídicos autóctones em relação à própria Constituição. Em consequência, passam a atuar lado a lado com o Código Civil, que, por sua vez, já não mais goza de sua antiga posição hegemônica incontestável.

Eis aqui muito bem caracterizada a chamada **fragmentação do direito infraconstitucional**, que simboliza a coexistência de diversos subsistemas jurídicos que se põem junto ao Código Civil. Nesse sentido, precisa a lição de Luís Roberto Barroso:

Essas transformações redefiniram a posição da Constituição na ordem jurídica brasileira. De fato, nas últimas décadas, o Código Civil foi perdendo sua posição de preeminência, mesmo no âmbito das relações privadas, onde se formaram diversos microssistemas (consumidor, criança e adolescente, locações, direito de família). Progressivamente, foi se consumando no Brasil um fenômeno anteriormente verificado na Alemanha, após a Segunda Guerra: a passagem da Lei Fundamental para o centro do sistema. (BARROSO, 2003, p. 43-44).

Assim, a constitucionalização dos direitos sociais acarretou novas demandas de proteção dos hipossuficientes, que começaram a reduzir a hegemonia do Código Civil no âmbito das relações privadas, daí resultando a criação das chamadas **leis de emergência**, vale dizer, as leis infraconstitucionais reguladoras dos novos direitos sociais, que eram editadas de forma apressada e desorganizada, daí a designação de legislação de emergência. Diante dessa divisão do direito privado, o código civil não apenas perdeu sua posição hegemônica, como, também, passou a ser aplicado de modo residual em relação às leis especiais de emergência.

Em consequência, hoje em dia, resta indubitável a projeção do direito constitucional sobre todos os demais ramos da ciência jurídica, notadamente do direito privado. Com efeito, tal projeção do direito constitucional caracteriza bem o avanço da constitucionalização do direito em seu horizonte maior, qual seja: a remodelação do direito fragmentado (um polissistema de leis especiais extravagantes e conflitantes), que se torna um sistema unipolar de hegemonia plena da Constituição, o novo sol da ordem jurídica. Observe, com atenção, que a unicidade do direito somente poderia ser alcançada a partir da **filtragem constitucional**, ou seja, a interpretação dos códigos infraconstitucionais deveria ser feita a partir de uma perspectiva, na qual a Constituição ocuparia o centro do sistema jurídico como um todo. Em consequência, a interpretação de toda a legislação infraconstitucional passaria a ser feita à luz da Constituição.

Dessarte, o exegeta contemporâneo precisa compreender que a fase de filtragem constitucional é a base fundante do paradigma neoconstitucional, na medida em que a força normativa do direito como um todo se encontra agora na Constituição, independentemente de suas normas serem regras ou princípios, normas de eficácia plena ou limitada, normas programáticas ou não. De fato, no neoconstitucionalismo, a efetividade dos princípios constitucionais vem sendo consolidada mediante harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional de justiça (GÓES; MELLO, 219, p. 337).

Em consequência, resta indubitável que, sob a égide da filtragem constitucional, o juiz hodierno não se vincula tão somente ao direito posto em abstrato pelo legislador democrático, ao contrário, libertando-se das amarras exegéticas do positivismo jurídico, deve incorporar os valores axiológicos e fáticos do caso decidendo na sua equação jurídica, de modo a realizar o sentimento constitucional de justiça. Eis aqui o nó górdio do juiz neoconstitucionalista: traçar cientificamente os limites da criação jurisprudencial do direito (ativismo judicial), sem violar os princípios da separação de poderes e da segurança jurídica.

Com rigor, nasce um novo tempo e uma nova dimensão da teoria da eficácia da Constituição, uma vez que se busca agora a aplicação direta das normas constitucionais, sem a necessidade de intermediação legislativa superveniente. É por essa razão que, na próxima segmentação temática, vamos examinar a leitura axiológico-indutiva da Constituição como instrumento nuclear da criação jurisprudencial do direito, bem como da observância da dignidade da pessoa humana como novo eixo axiológico-hermenêutico do Estado Neoconstitucional de Direito.

AS DECISÕES JUDICIAIS E A LEITURA AXIOLÓGICO-INDUTIVA DO DIREITO

Uma vez compreendida a importância da filtragem constitucional como base fundante do paradigma neoconstitucional, impende agora examinar o papel do discurso axiológico-indutivo do direito na fundamentação das decisões judiciais.

Antes de tudo, importa compreender, desde logo, que a expressão “leitura axiológica da Constituição” significa que o juiz deve buscar a reaproximação entre o direito e os valores éticos compartilhados pela sociedade como um todo. Já a expressão “leitura indutiva da Constituição” simboliza que o magistrado deve partir do caso particular para o caso geral, ou seja, deve partir do problema constitucional a resolver e, não, da letra da norma posta abstratamente pelo legislador.

Com tal tipo de intelecção em mente, fica mais fácil compreender que o paradigma neoconstitucional vislumbra a Constituição como um **sistema aberto de regras e princípios**, que se harmoniza na unidade axiológico-finalística da dignidade da pessoa humana. Com a devida cientificidade, é preciso reconhecer o aporte científico-metodológico trazido pelo paradigma neoconstitucional, que viabilizou a superação da visão autopoietica de Luhmann, cuja base epistemológica defendia a tese de que o direito era um **sistema fechado de regras jurídicas**.

Na verdade, o novo constitucionalismo, inspirado na leitura axiológico-indutiva da Constituição, rejeita o normativismo apodíctico regracional, que Lenio Streck capta com precisão quando destaca que:

Nesse contexto, o novo constitucionalismo foi se transformando em um campo extremamente fértil para o surgimento das mais diversas teorias que fossem capazes de responder a essas complexidades. Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas (que deslocaram o polo de da tensão interpretativa na direção do intérprete), os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham um objetivo comum no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, refundar a relação “direito-moral”, solucionar os 'casos difíceis' (não 'abarcados' pelas regras e a (in) efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes).(STRECK, 2009. p. 3).

Em síntese, afasta-se o paradigma autopoietico, no qual o juiz fazia uso de um depósito previamente estabelecido de regras jurídicas, como se o direito fosse capaz de regular abstratamente toda a realidade social, o que evidentemente demonstra que a mundividência autopoietica era muito limitada, especialmente porque acreditava que a cientificidade do direito tinha por gênese sua própria sistematicidade intrínseca, daí a imagem de um sistema fechado de regras jurídicas. Na visão da dogmática tradicional, os valores axiológicos ainda não positivados na ordem jurídica não tinham o condão de penetrar no **discurso axiomático-dedutivo do direito**, porque poderiam assim quebrar a cientificidade do direito.

Afastando-se da objetividade plena da decisão judicial, da crença de "pureza" científica do direito, da tecnicização da atuação do magistrado boca da lei, da pretensão de completude do direito e da autonomia autopoietica do saber jurídico, o paradigma neoconstitucional não vislumbra o direito como ciência exata, pautada no cartesianismo matematizante normativista positivista.² Ao contrário, na era das Constituições democráticas, a ciência jurídica – cada vez mais – deve ser vislumbrada como ciência social, fruto da vontade humana, que não prescinde dos elementos metajurídicos atrelados à dimensão axiológico-indutiva do caso decidendo.

²Na esteira da denominada Escola de Frankfurt, movimento neo-hegeliano que faz a conexão entre filosofia, direito e ciências sociais, Jürgen Habermas parte da constatação de que os **princípios normativistas** correm o risco de perder o **contato com a realidade social**, da mesma maneira que os princípios objetivistas perdem o contato com a dimensão normativa, daí, nascendo, pois, a relevância da **vertente pluralista da teoria do agir comunicativo**. Com efeito, o aporte interdisciplinar de Habermas, além de superar o pessimismo de um falso realismo, que, nas palavras do próprio autor, *subestima a eficácia social dos pressupostos normativos das práticas jurídicas existentes*, cria as bases de uma teoria do discurso que traça os contornos da reconstrução do direito, seja a partir da ideia de sistema de direitos, seja pela fixação de princípios do estado de direito. (HABERMAS, 2003, p. 11).

Portanto, fácil é perceber que tanto a concepção dedutiva (aplicação da subsunção silogística partindo do caso geral para o particular), quanto a visão axiomática (fixação de conceitos jurídicos fechados capazes de descrever *in abstracto* toda a realidade social) não se coadunam com normas constitucionais principiológicas de baixa densidade normativa e alto teor de vagueza textual.³ Assim, o novo constitucionalismo, denominado de neoconstitucionalismo ou constitucionalismo da pós-modernidade, caracteriza-se pelo conjunto amplo de conceitos avançados trazidos pela novel dogmática pós-positivista, cuja linha epistêmica vital é a busca da normatividade dos princípios constitucionais como meio de reaproximação entre o direito e a ética a partir da garantia de vida digna para todos.

Como já visto alhures, a interpretação como **atividade dianoética** é a base de legitimação democrática da decisão judicial, aqui considerada como a norma propriamente (norma já devidamente interpretada pelo magistrado), não coincidindo necessariamente com o texto da norma *in abstracto*.

Ou seja, a ideia de norma-decisão ou norma-resultado (decisão judicial) é aqui desenvolvida dentro daquela imagem da obra de Wittgenstein II (1996) do *jogo de linguagem* se transformando em *jogo de interpretação*, imagem esta que serve também como substrato jusfilosófico para o *jogo concertado dos princípios*, instrumento fundamental da hodierna técnica da ponderação de valores. Portanto, sob a égide do paradigma neoconstitucional, a norma-decisão do juiz (**norma propriamente dita**) é a última fase do ciclo hermenêutico, que começa a partir da pré-compreensão do magistrado, perpassando, na sequência, pela incidência dos elementos fáticos e axiológicos do caso concreto sobre a norma-dado (**texto da norma**) preexistente no ordenamento jurídico.

Nessa linha, constata-se que a normatividade do direito não se atrela tão somente ao conteúdo semântico-literal do *texto da norma*, mas, também, ao conteúdo axiológico-argumentativo da *norma propriamente dita*, daí a relevância científica da teoria da argumentação jurídica. Em consequência, é correto afirmar que a decisão final de mérito do magistrado (norma-resultado no plano concreto de significação) será aferida em função do convencimento do auditório universal de Perelman (1998), do grau de adesão que induz no âmbito daquilo que Karl Larenz (1968, p.

³ É nesse sentido que Perelman entendia que “as concepções modernas do direito e do raciocínio judiciário, tais como foram desenvolvidos após a última guerra mundial, constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da **concepção** analítica e **dedutiva do direito**, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador”. É por isso que, em linhas gerais, a racionalidade retórico-argumentativa de Perelman refuta o discurso axiomático do direito, especialmente a intelecção de que o direito é um *sistema fechado de axiomas pré-estabelecidos* e capazes de regular a vida social. (PERELMAN, 1998, p.9).

264) denominou de consciência jurídica geral dos membros da comunidade jurídica, ou, como quer Peter Häberle (1997), da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.

Contemporaneamente, a reconstrução neoconstitucionalista do direito vem sendo impulsionada pela leitura axiológico-indutiva, em cuja base se encontra a teoria da argumentação jurídica. Portanto, no plano hermenêutico, os novos paradigmas de racionalidade dianoética (discursiva) têm o condão de imprimir força jurígena às decisões judiciais aditivas, que resultam das ponderações de valores envolvendo os princípios constitucionais, em geral, e os direitos fundamentais, em particular.

Com efeito, nos dias de hoje, a eficácia da “norma constitucional propriamente dita” deve ser aferida a partir das teorias da argumentação jurídica, nas quais a normatividade do direito não se encontra apenas no “texto da norma constitucional”, mas, principalmente, na racionalidade argumentativa das decisões judiciais. Consequentemente, as linhas mestras do paradigma neoconstitucional são traçadas com a tinta forte da racionalidade discursiva, que se imbrica com a técnica da ponderação de valores e com a sistematização do conteúdo essencial da Constituição, daí a predominância cêntrica da leitura axiológico-indutiva do direito.

Partindo da ideia de que texto da norma e norma propriamente dita são entidades jurídicas distintas, a leitura axiológico-indutiva do direito representa uma verdadeira revolução na teoria da eficácia constitucional, na medida em que a efetividade de uma norma constitucional somente poderá ser aferida no plano *all things considered* de significação (PECZENIK, 1989, p. 76).

Foi com base nesta viragem hermenêutica pós-positivista que a teoria da eficácia constitucional avançou na concretização dos princípios jurídicos, consolidando a ideia-força de que a normatividade do direito não se encontra apenas na literalidade do “texto da norma”, no plano abstrato de significação, mas, também, na argumentação jurídica que o juiz faz uso para criar a “norma propriamente dita”, no plano concreto de significação. Com precisão, Humberto Ávila mostra que:

É preciso distinguir o plano preliminar de análise abstrata das normas, comumente chamado de plano *prima facie* de significação, do plano conclusivo de análise concreta das normas, comumente denominado de nível *all things considered* de significação. [Nomenclatura dada pelo autor Aleksander Peczenik]. Essa distinção ajuda a verificar por que alguns critérios são importantes para o primeiro plano mas inadequado para o segundo, ou vice-versa. (ÁVILA, 2004, p. 57).

Portanto, a sentença judicial é aquela que surge no plano concreto de significação, depois da realização de um processo de interpretação/concretização. Como bem destaca Giorgio Agamben:

No caso da norma jurídica, a referência ao caso concreto supõe um “processo” que envolve sempre uma pluralidade de sujeitos e culmina, em última instância, na emissão de uma sentença, ou seja, de um enunciado cuja referência operativa à realidade é garantida pelos poderes institucionais. (AGAMBEN, 2004, p. 62).

Na verdade, o texto constitucional é aquela pequena parte visível do imenso *iceberg normativo* (MÜLLER, 1999), cabendo ao juiz descobrir sua parte oculta – a maior delas – mediante emprego de uma das estratégias que lhe são postas à disposição pelo paradigma neoconstitucional. Em consequência, a decisão final de mérito do juiz deve ser fruto da incidência dos **fatos portadores de juridicidade**⁴ sobre os textos das normas constitucionais em tensão, resultando daí a norma-decisão no plano concreto de significação. E mais: o maior ou menor grau de aceitabilidade da decisão judicial virá da maior ou menor capacidade de o magistrado esgrimir os fatos portadores de juridicidade que recaem sobre os princípios constitucionais em colisão.

Com isso, amplia-se o horizonte da teoria da eficácia constitucional pela sua maior aptidão de atribuir cientificamente normatividade a princípios jurídicos abertos, seguindo um padrão exegético estribado na dimensão retórica das decisões judiciais. Cumpre, pois, dar-se conta de que o paradigma neoconstitucional traz um novo olhar da interpretação como atividade dianoética, que vislumbra a Constituição como norma jurídica, logo capaz de gerar diretamente direitos e obrigações.

Com isso, o arquétipo neoconstitucionalista pós-positivista refaz a teoria da eficácia da Constituição com base na força normativa dos princípios jurídicos. É o início de uma nova era que reconstrói o direito constitucional a partir da leitura axiológico-indutiva da Constituição, na qual o juiz sopesará valores constitucionais em tensão de modo a identificar qual deles deve prevalecer (**dimensão axiológica**), partindo do caso concreto para o caso geral (**dimensão indutiva**).

⁴Com rigor, os **fatos portadores de juridicidade** são os elementos factuais do caso concreto que incidem sobre o conjunto das normas constitucionais. Ou seja, os fatos portadores de juridicidade simbolizam os eventos do mundo dos fatos que os magistrados devem selecionar para a obtenção da sua decisão judicial. Cabe ao magistrado a tarefa de identificar a retitude material do texto da norma a partir de criteriosa **seleção dos fatos portadores de juridicidade**, isto é, os fatos reais do caso concreto que devem incidir sobre a Constituição. Precisa, portanto, ter plena consciência de que a dimensão retórica de sua norma-decisão é parte integrante da normatividade do direito e por isso mesmo suscetível de controle intersubjetivo por parte de comunidade aberta de interpretes da Constituição.

Observe, com atenção, que, diferentemente das regras jurídicas, cujo texto já contém a hipótese de incidência e a consequência jurídica, os princípios jurídicos com conteúdo literal aberto não se prestam ao dogma da subsunção silogística, uma vez que trazem apenas o valor axiológico a ser guardado. Em consequência, o paradigma axiomático-dedutivo do positivismo jurídico não considera os princípios como normas jurídicas.

Assim, pode-se dizer que o hodierno Estado Neoconstitucional de Direito erige suas bases epistemológicas no empoderamento normativo dos princípios jurídicos abertos, até então desconsiderados como verdadeiras normas jurídicas, exatamente porque insuscetíveis de aplicação mecânica mediante subsunção silogística.

Isto significa dizer que, forjada nas teses da argumentação jurídica e na interpretação como atividade dianoética, o Estado Neoconstitucional de Direito incorporou a leitura axiológico-indutiva, na qual o direito é vislumbrado como um sistema aberto de regras e princípios, dentro de um contexto de fundamentação jurídica, que se forma a partir da incidência dos fatos portadores de juridicidade sobre as normas constitucionais em colisão no caso decidendo.

Com efeito, o Estado Neoconstitucional de Direito não desconsiderou o **giro epistemológico pós-positivista**, que se projetou aberto aos demais campos da ciência, notadamente, o filosófico, base essencial da reaproximação entre o direito e a ética, que se viabilizou, por sua vez, pelos paradigmas de análise do discurso e do jogo estratégico e polêmico de colisão de princípios constitucionais. É nessa direção de eixo metodológico atrelado à análise do discurso e jogo estratégico de princípios que o paradigma neoconstitucional vem oportunizando a substituição dos paradigmas de racionalidade subsuntivo-silogística das regras jurídicas pelos paradigmas de racionalidade retórico-discursiva dos princípios jurídicos, cuja origem remonta ao “giro epistemológico” das formulações hermenêuticas pós-positivistas, como bem demonstra Écio Oto Ramos Duarte:

Para esse intento, é necessário um escorço das teorias básicas apresentadas pela Filosofia da Linguagem, especialmente as elaboradas por autores como Wittgenstein, Searle e Austin. Além dessas construções teóricas estruturarem os pressupostos de uma teoria filosófica da linguagem capaz de imprimir a razão linguística na reflexão dos fenômenos jurídicos, é salutar frisar que o próprio giro pragmático ocorrido na Filosofia da Linguagem provocará, por sua vez, um “giro epistemológico” no âmbito das investigações metodológico-jurídicas que, agora, desde um paradigma de racionalidade discursiva, deverá refletir-se em um novo condicionamento à elaboração da própria Teoria do Direito. (DUARTE, 2004, p. 35).

Tal tipo de interpretação como atividade argumentativa (dianoética) ganha ainda maior relevância científica quando se considera o constitucionalismo democrático brasileiro, que é **axiologicamente fragmentado**, na medida em que uma interpretação como atividade autopoietica, que exclui do mundo jurídico os princípios constitucionais, certamente, tornaria desnutrido o hodierno processo de interpretação constitucional no Brasil. Com efeito, há que se reconhecer que a operação exegética positivista ficaria desprovida do jogo estratégico concertado dos princípios constitucionais, pilar de sustentabilidade da ponderação de valores de normas constitucionais e que, por sua vez, é a base fundante da atividade decisória dos magistrados de hoje em dia.⁵

Todas essas considerações levam ao entendimento de que o paradigma neoconstitucional caminha na direção da crítica feita por Robert Alexy, na qual se constata a insuficiência da leitura axiomático-dedutiva do direito no que tange aos problemas constitucionais hodiernos, eivados de tensões hermenêuticas de normas jurídicas de mesma dignidade constitucional. Urge, portanto, inverter o sinal da nova interpretação constitucional deslocando-a para a leitura axiológico-indutiva do direito. Já não mais atende ao magistrado contemporâneo o dogma da subsunção silogística da concepção dedutiva, bem como a visão axiomática, na qual o direito é vislumbrado como um sistema fechado de regras jurídicas (verdades apodícticas postas pelo legislador democrático).

Ao revés, tais limitações do paradigma positivista autopoietico reforçam, cada vez mais, a necessidade de criação de novas estratégias de interpretação constitucional, concebidas a partir da leitura axiológico-indutiva do direito, na qual o juiz supera a letra da lei, mas permanece subordinado aos princípios constitucionais como um todo. É o que Karl Larenz, brilhantemente, denomina de *direto extra legem et intra jus*, no qual o pensamento jurídico é, a um só tempo, **extra legem** (direito superador da lei, que vai além do conjunto de regras jurídicas), porém **intra jus** (direito criado pelo intérprete, que não viola o núcleo essencial de nenhum dos valores constitucionais em colisão).

Em suma, todo este conjunto metodológico-conceitual faz parte da reconstrução neoconstitucionalista do direito, cujo epicentro é a leitura axiológico-indutiva da lei, estribada nos paradigmas de racionalidade dianoética, que garantem a força normativa dos princípios constitucionais, normas jurídicas, que são, pela própria natureza, semanticamente abertas,

⁵É Robert Alexy que aponta, pelo menos, quatro grandes motivos denegadores da concepção positivista do direito, a saber: (1) a imprecisão da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, e (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto. (ALEXY, 2001, p. 17).

normativamente de baixa densidade e axiologicamente intensas. Assim, sem se afastar da devida cientificidade do direito, o paradigma neoconstitucional e a leitura axiológico-indutiva do direito constroem um novo patamar para a teoria da eficácia constitucional, na mediada em que desvelam diferentes estratégias hermenêuticas que combatem a síndrome da ineficácia da Constituição.

CONCLUSÃO

Este artigo procurou traçar as linhas mestras do paradigma neoconstitucional, no qual a leitura axiológico-indutiva do direito desponta como pedra angular da garantia da efetividade dos princípios constitucionais, sem descurar, entretanto, da separação de poderes e do Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, a proposta acadêmico-científica deste artigo foi, inicialmente, compreender o fenômeno da filtragem constitucional em tempos de reconstrução neoconstitucionalista do direito, para, em seguida, examinar a passagem do discurso axiomático-dedutivo para o discurso axiológico-indutivo do direito.

Com espeque no aporte lógico-filosófico trazido pelo giro epistemológico da revolução da filosofia da linguagem, o presente artigo procurou demonstrar que se trata de uma nova **era de hegemonia axiológica dos princípios constitucionais**, onde a dignidade da pessoa humana se projeta como vetor exegético-axiológico da ordem jurídica como um todo, surgindo daí a necessidade de novos arquétipos eficaciais, com latitude científica suficiente para lidar com a complexidade dos problemas constitucionais hodiernos, notadamente nos casos difíceis (*hard cases*), nos quais desponta a colisão de normas constitucionais de mesma hierarquia.

Isto significa dizer que o pensamento constitucional brasileiro evoluiu em direção ao combate da síndrome da ineficácia das normas constitucionais insculpidas na forma de princípios jurídicos. Para tanto, despontou o paradigma neoconstitucional, que tenta conciliar a tensão dialética entre a certeza jurídica máxima e a realização do sentimento constitucional de justiça, ao mesmo tempo em que tenta harmonizar a visão positivista dos paradigmas de racionalidade linguístico-substantiva e a visão neoconstitucionalista de paradigmas de racionalidade dianoética ou discursiva.

Com isso, é possível identificar as diferentes possibilidades interpretativas do direito contemporâneo, que podem ser agrupadas sob o rótulo genérico do paradigma neoconstitucional e cuja linhagem epistemológica rejeita a concepção tecno-formal autopoietica e seu paradigma axiomático-dedutivo do direito. Foi nesse sentido, portanto, que o presente artigo procurou analisar as deficiências e limitações dessa perspectiva positivista do direito autopoietico.

Na verdade, o desiderato acadêmico deste artigo foi salientar o avanço da metodologia discursiva do direito, com bases epistemológicas na filosofia da linguagem, que abriu espaço para a ascensão normativa dos princípios constitucionais a partir da leitura axiológico-indutiva do direito. Destarte, o primeiro passo foi reconhecer a necessidade de reinserir na equação jurídica hodierna o conceito de justiça com propósito cientificamente sério, daí a relevância epistemológica do paradigma neoconstitucional.

Além disso, verificou-se que o direito constitucional pós-1988 não ficou imune à viragem paradigmática da dogmática pós-positivista, que se projetou aberta aos demais fluxos epistemológicos, permitindo assim reaproximar o direito da ética a partir dos paradigmas de racionalidade retórico-argumentativa.

É nesse diapasão que se verificou que a **resposta constitucionalmente adequada** será obtida a partir de uma perspectiva retórico-argumentativa usada pelo juiz e que se estriba na ponderação de valores feita no específico caso decidendo. Somente após tal processo de interpretação/concretização surgirá a **resposta axiologicamente predominante**, que, automaticamente, se transformará na resposta constitucionalmente adequada.

É tempo de concluir, sem deixar, entretanto, de chamar a atenção do leitor para a relevância da leitura axiológico-indutiva da Constituição no que tange à normatividade dos princípios constitucionais. Como amplamente visto, tal tipo de leitura tem o condão de imprimir força jurídica à dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais aditivas, vale dizer, as decisões judiciais que criam direito no lugar do legislador democrático.

Não é demais predizer que, em face do novo quadro constitucional, cujo centro jurídico-axiológico é o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, a dimensão retórico-argumentativa das decisões judiciais transformar-se-á na principal arma hermenêutica da garantia dos direitos fundamentais dos hipossuficientes.

Enfim, sob o guarda-chuva axiológico-indutivo do paradigma neoconstitucional, o juiz contemporâneo dispõe de poderosos instrumentos hermenêuticos de combate à síndrome da ineficácia da Constituição, que legitimam epistemologicamente seu ativismo judicial democrático-proporcional.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. 2.ed., São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. A Teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.43-54.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do discurso & correção normativa do direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo, Editora Landy, 2004.

GÓES, Guilherme Sandoval; MELLO, Cleyson de Moraes. A Hermenêutica do Desenvolvimento Nacional à luz do Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n.118, p. 321-364, jan./jun. 2019.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1980.

MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999.

PECZENIK, Aleksander. **On law and reasons**. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989.

PERELMAN, Chäim. **Lógica jurídica**. Nova retórica. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. rev, atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 2. edição. Petrópolis: Editora Vozes Ltda, 1996.



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG